DIE STELLUNG

DES

VORLÄUFIGEN ERBEN IM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH

◆

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines doctor juris utriusque der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Paul SCHWILL

von Bern

◆

IMPRIMERIE STRASBOURGEOISE
STRASBOURG, 15, rue des Juifs
1931

DIE STELLUNG DES VORLÄUFIGEN ERBEN IM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Würde eines doctor juris utriusque der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
Paul SCHWILL
von BERN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTS-VERZEICHNIS

Literatur 5

Einleitung 7

Das Institut des vorläufigen Erben in rechtshistorischer Betrachtung 7

I. Kapitel. Der Nachlass und die Person des vorläufigen Erben.

§ 1. Der Nachlass im Interimsstadium 19
§ 2. Der vorläufige Erbe 23
§ 3. Der vorläufige Erbe als Erstberufener 25
§ 4. Der nachberufene vorläufige Erbe 31

II. Kapitel. Die Stellung des vorläufigen Erben in zeitlicher Beziehung.

1. Voraussetzung und Beginn 37
§ 5. Zeitlicher Eintritt in die Interimsstellung 37
2. Beendigung 40
§ 6. Beendigung durch ausdrückliche Annahme 40
§ 7. Beendigung durch stillschweigende Annahme 45
§ 8. Beendigung durch Ausschlagung 51
§ 9. Verlust der Ausschlagungsbefugnis 59
3. Ergebnis 61
§ 10. Zusammenfassung der rechtlichen Momente 61

III. Kapitel. Die Einflussnahme des vorläufigen Erben auf die Erbschaftsangelegenheiten.

1. Allgemeines 65
§ 11. Rechtsnatur der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des vorläufigen Erben 65
2. Die Verwaltung der Erbschaft und die Fortführung der Geschäfte 67
§ 12. Begriff und Umfang der Verwaltungstätigkeit 67
§ 13. Die Tätigkeit während des öffentlichen Inventars 74
§ 14. Die Tätigkeit während der (amtlichen) Erbschaftsverwaltung und der amtlichen Liquidation 78
§ 15. Die Tätigkeit des vorläufigen Miterben 79

IV. Kapitel. Die Stellung des vorläufigen Erben zu den Erbschaftsinteressenten.

§ 16. Das Verhältnis zu den Erbschaftsgläubigern 83
§ 17. Das Verhältnis zu den Erbgangsgläubigern 92
§ 18. Die Stellung gegenüber den Erbengläubigern 100
§ 19. Die Beziehungen zu den Erbschaftsschuldnern 102
§ 20. Die Auseinandersetzung mit dem Nachberufenen bei Ausschlagung 109

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0034

LITERATUR

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Des Successions*, I., 1905.

BECKER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern 1913.

BINDER, *Die Rechtsstellung des Erben*, I. Teil, 1901.

BLUMENSTEIN, *Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts*, Bern 1911.

BÜHLMANN, *Das schweizerische ZGB im Kanton Bern*, 1912.

CURTI-FORRER, *Kommentar zum ZGB*, Zürich 1911.

DERNBURG, *Pandekten*, 3. Aufl., Bd. II, Halle 1903.

DÜHRING, *Die amtliche Liquidation.*

ESCHER, *Das Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1912.

GUGGENHEIM, Rita, *Die Rechtsstellung des provisorischen Erben nach schweizerischem Zivilgesetzbuch*, Züricher Diss. 1929.

GUIDON, *Das Erbrecht des Gemeinwesens*, Berner Diss. 1916.

GYSIN, *Die Rechtswohltat des öffentlichen Inventars*, Züricher Diss. 1912.

HÄTTENSCHWILLER, *Die Schuldenhaftung des Alleinerben*, Torgau 1914.

HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, 1900.

HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, 1907.

HEUSSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Bd. II, Leipzig 1886.

JAKOBSEN, *Die Erbausschlagung des BGB*, Dissertation, 1903/04.

JAEGER, *Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, 1911.

KIPP, Theodor, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Das Erbrecht*, 6.—8. Aufl., Marburg 1913.

KRAYENBÜHL, *Etude sur les legs*, Lausanner Diss. 1916.

LEEMANN, H., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bern 1920.

LEONHARD, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, V. Erbrecht, 2. Aufl. 1912.

LEUCH, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, Bern 1922.

MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin 1907.

MEYER, *Das Erbrecht des BGB für das deutsche Reich*, Marburg 1901.

MÜHLENBRUCH, *Fortsetzung von Glücks Pandekten*, Bd. 42.

OSER, *Das Obligationenrecht*, Zürich 1915.

PLANCK, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, V. Erbrecht, 4. Aufl. 1924.

PROD'HOM, L., *De la situation juridique d'un cohéritier dans la communauté légale héréditaire*, Lausanner Diss., 1921.

QUASSOWSKI, *Der Irrtum beim Erbschaftsantritt*, Königsberger Dissertation 1900.

Reichel, H., *Aktiv- und Passivprozesse des vorläufigen Erben in Festgabe für Thon*, 1911.

Riesenfeld, *Erbenhaftung*, Berlin 1916.

Rossel et Mentha, *Manuel de Droit Civil Suisse*, I. Bd., 2. Aufl.

Seckel, *Ueber Gestaltungsrechte*, Festg. der Jurist. Ges. Berlin, 1903.

Siegel, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3. Aufl.

Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 7. u. 8. Aufl. 1914.

Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Bd. 5, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1885.

Stoos, *La répudiation des successions d'après le Cc suisse*, Lausanner Dissertation, 1917.

Strebel, *Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Erblassers und der Erben*, Berner Dissertation, 1926.

Strohal, *Das deutsche Erbrecht*, II. Bd., 3. Aufl. 1904.

v. Tuhr, *Allg. Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Bd. 1924/25.

v. Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2. Bd. 1916/18.

Trott, *Rechtsnatur und Rechtswirkung des öffentlichen Inventars*, JZ. 18, 249.

Tuor, *Kommentar zum schweizerischen Erbrecht*, Bern 1913-1929.

Weiss, *Sammlungen eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht.*

Widmer, Helene, *Die Erbengemeinschaft*, Züricher Diss. 1926.

Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906.

Zachariae-Crome, *Handbuch des französischen Zivilrechts*, IV.

Amtliches stenogr. Bulletin der Bundesversammlung.

Blätter für zürcherische Rechtssprechung.

Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts.

Praxis des schweiz. Bundesgerichts.

Schweizerische Juristenzeitung.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

ABKÜRZUNGEN

BGE — Bundesgerichtliche Entscheidungen, amtl. Sammlungen.
BGB — Deutsches bürgerliches Gesetzbuch.
Cc — Code civil français.
OR — Schweizerisches Obligationenrecht.
SchKG — Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.
ZbJV — Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB — Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZPO — Zivilprozessordnung.

EINLEITUNG.

Das Institut des vorläufigen Erben in rechtshistorischer Betrachtung.

Das moderne Erbrecht ist das Produkt einer langen historischen Entwicklung.

1. Römisches Recht.

Im ältesten römischen Recht war das Vermögen Familienvermögen. Es bestand zwischen dem pater familias und seinen Kindern eine Art Gütergemeinschaft, ein Gesamtrecht der Agnaten am Vermögen. Durch Zusammenfassung desselben in einer Hand wird die Familie nach aussen hin für den Rechtsverkehr zu einer vermögensrechtlichen Einheit und haftet für die darauf lastenden Schulden. Mit dem Tode des Familienhauptes geht darum das Subjekt des Vermögens nicht unter. Es wird von den Kindern unmittelbar fortgesetzt: morte parentis continuatur dominium.

Erst mit der Entwicklung des Individualvermögens wird die Beziehung der Familien- und Geschlechtsgenossen zum ursprünglichen Gesamtvermögen in ein blosses Erbrecht abgeschwächt. An diesem Familienerbrecht konnte vorerst das Familienhaupt nichts ändern. Allein die weitere Entwicklung des Individualvermögens führte mit der Zeit dahin, dass der pater familias mit Rechtswirksamkeit festsetzen konnte, wem sein Vermögen nach seinem Tode zukommen sollte. Die zwölf Tafeln kennen bereits das öffentliche Testament. Das Privattestament ist erst in geraumer Zeit nach den zwölf Tafeln aufgekommen.

Als Folge dieser Privatautonomie konnte es schliesslich geschehen, dass der pater familias sein Vermögen den Familien- und Geschlechtsgenossen entzog und Fremden zuwendete. Die Wirkung der Berufung zur Erbschaft war für die Berufenen je nach ihrer Stellung zur Hausgenossenschaft eine verschiedene.

Während die Gewaltunterworfenen (sui heredes) die Erbschaft ipso jure erwarben, vollzog sich der Erbgang bei den Nichtgewaltunterworfenen (extranei heredes) grundsätzlich anders, nämlich in zwei Abschnitten: Mit dem Tode des Erblassers war der Erbe berufen, er hatte ein Recht auf die Erbschaft (**delatio**). Zum Erwerb bedurfte es noch einer besonderen Erklärung, der sogenannten Antretung (**aditio**). Die sui stempelt das Gesetz zu heredes necessarii, indem es auf sie das Prinzip des ipso jure-Erwerbes anwendet, ohne ihnen die Möglichkeit einer Ausschlagung zu geben. Sie werden ohne ihr Zutun, ja wider ihren Willen, Erben, auch im Falle einer überschuldeten Erbschaft, und haften neben den Erbschaftsaktiven auch mit ihrem eigenen Vermögen für die Erbschaftsschulden.

Eine Milderung dieser Härten konnte ursprünglich nur der Erblasser selber herbeiführen, wenn er seinem suus durch ausdrückliche Anordnung eine Art Antretungsbefugnis und damit die Möglichkeit der Erbschaftsentschlagung zubilligte, indem er ihn unter einer **Potestativbedingung** zum Erben einsetzte und ihm für den Fall des Ausfallens der Bedingung einen andern Erben substituierte. Der Erblasser konnte auch die sogenannte **cretio** als Erbeinsetzungsbedingung vorschreiben, so dass erst die Vornahme der Erklärung für den Erwerb der Erbschaft konstitutiv wirkte. Zur Vornahme der cretio wurde dem Erben oft eine Frist eingeräumt. Wollte der Erbe z. B. wegen Überschuldung der Erbschaft ihr entsagen, so brauchte er, wenn er sub cretione eingesetzt war, einfach die Antrittshandlung nicht vorzunehmen. Wahrscheinlich noch in republikanischer Zeit gab jedoch der Prätor dem suus heres das beneficium abstinendi, d. h. das Recht, sich der Erbschaft zu enthalten. Wollte er die Erbschaft nicht, so brauchte er sich nunmehr nicht in die Erbschaftsangelegenheiten einzumischen (immiscere). Der Prätor ignorierte daraufhin seine Erbeneigenschaft und verweigerte den Erbschaftsgläubigern gegen ihn die Klage.

Erst das klassische Recht schuf auch für den suus die gesetzliche Möglichkeit einer formlosen Erklärung, die Erbschaft nicht haben zu wollen, die **repudiatio.**

Diese Doppelspurigkeit von zivilem und prätorischem Recht brachte für den suus, der noch ausschlagen durfte, eine eigenartige Rechtsstellung. Er war durch den Erbfall Erbe geworden

konnte aber noch aufhören, es zu sein. Es tritt also ein gewisser Schwebezustand ein, während welchem es noch ungewiss ist, ob der Erbe gewordene auch Erbe bleiben wird. Sein Erbschaftserwerb ist noch nicht endgültig. Man kann daher von diesem Erben als vorläufigen Erben sprechen.

Mit Rücksicht auf die ihm offenstehende Möglichkeit der Ausschlagung konnte man dem suus nicht gestatten, beliebig mit der Erbschaft zu verfahren und sich später wieder von ihr zurückzuziehen. Durch Einmischung in die Erbschaft konnte er des Abstentionsrechtes verlustig werden. Der Verlust des Abstentionsrechtes hatte aber weder den Charakter einer Strafe für die Einmischung, noch erscheint letztere lediglich als negative Voraussetzung der Abstinenz. Vielmehr ist die Einmischung ein Rechtsgeschäft und in ihren Wirkungen von den allgemeinen Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes abhängig. Die immixtio ist nicht identisch mit der pro herede gestio des extraneus heres, denn der suus ist Erbe, während der extraneus es erst durch die Akquisitionshandlung wird. Unter Einmischung im technischen Sinne verstand man im allgemeinen die Vornahme solcher Handlungen, welche auf die Absicht, die Erbschaft zu behalten, schliessen lassen [1]).

Insoweit wird ein objektives Moment (die Art und Beschaffenheit der Behandlung) berücksichtigt. Das subjektive Moment, der Wille des Delaten, Erbe zu sein, kommt nur insofern in Betracht, als er sich im objektiven Tatbestand manifestiert. Tatsächlich wurde aber der animus an erster Stelle berücksichtigt, und zwar durch Zulassung einer Protestation des Erben gegen Folgerungen aus dem äusseren Tatbestand.

Ein typischer Fall von immixtio ist die Aneignung von Erbschaftsstücken. Ob die Aneignungshandlung durch den Erben selbst oder durch eine Mittelperson vorgenommen wird, war belanglos. Auch auf die Form kam es nicht an, doch wurde mala fides gefordert. Irrtum war dem Erben unschädlich.

Die Strenge des Rechts traf aber auch solche sui, welche indirekt die Erbschaft an sich brachten. Selbst wenn dieses nicht unentgeltlich geschah, vermutete man darin die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen. Deshalb bezeichnet L. 91 D. 29, 2 es geradezu als immixtio «si is, qui bonis paternis se abstinuit,

---

[1]) **Mühlenbruch** S. 327 u. a. Autoren.

per suppositam personam emtoris bona patris mercatus probatur».

Setzt der Testator einen suus unter einer Potestativbedingung ein, so schliesst er durch seine Anordnung die Gewährung der prätorischen Rechtswohltaten aus, wodurch im Ergebnis eine Gleichstellung mit dem extraneus voluntarius heres erzielt wird. Denn der suus erwirbt nunmehr weder ipso jure, noch kann er von der Abstention Gebrauch machen, logischerweise sie auch nicht widerrufen und dadurch die Erbschaft zum zweiten Male erwerben. Erfüllt er also die Bedingung, so wird er unwiderruflich Erbe, hat aber nicht wie ein suus nach prätorischem Recht jetzt erst durch immixtio seine Abstention verloren.

Im übrigen muss ein suus nicht tatenlos zusehen, wie die Erbschaft, zu deren Annahme er sich noch nicht entschlossen hat, verwahrlost. Es entspricht nur einer Forderung der Billigkeit, dass er nicht schlechter gestellt sein kann, als ein unbeteiligter Dritter, der negotiorum gestor. Um aber der Gefahr aus dem Weg zu gehen, als immiscierend betrachtet zu werden, kann er sich durch protestatio dagegen verwahren. Diese Erklärung bewirkt indessen nicht ohne weiteres das gewünschte Resultat. Wird sie Handlungen beigefügt, die mit der Absicht Erbe zu werden unverträglich sind, so ist sie als protestatio facto contraria unwirksam.

Handlungen der Pietät (z. B. Bestattung des Erblassers) wurden nicht als immixtio aufgefasst.

Von der pro herede gestio unterscheidet sich die immixtio dadurch, dass die gestio von der Voraussetzung ausgeht, dass der Handelnde noch nicht Erbe sei, die immixtio, dass er bereits Erbe sei [2]).

Der suus darf auf Grund des ipso jure-Erwerbes manche Handlungen als negotiorum gestor vornehmen, die sich beim extraneus wenn er sie vornimmt, zwar ebenfalls als negotiorum gestio darstellen, deren Vornahme ihm aber vom Erbschaftsbesitzer unter Umständen versagt werden kann, weil ihm die Legitimation dazu fehlt und er sich erst in ein neues ihn dazu befähigendes Verhältnis zur Erbschaft setzen müsste.

Die Verteilung der Beweislast bei der immixtio regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

---

[2]) **Binder** S. 105.

Behauptet also der suus, er habe abstiniert, so ist er beweispflichtig. Immixtionshandlungen muss hingegen derjenige beweisen, der sie behauptet. Liegen solche Handlungen vor, so steht es beim suus den Nachweis zu führen, dass der Wille zur Erbschaftsannahme in ihnen nicht zum Ausdruck kommt.

2. Germanisches Recht.

Wie im ältesten römischen Recht hat auch im germanischen Recht das Kontinuitätsprinzip seine reinste Durchbildung gefunden. Durch den Erbfall selber wurden die Erben berechtigt, eine Antretung war nicht erforderlich, aber auch eine Ausschlagung nicht möglich. Dies konnte aber nicht als Härte empfunden werden, da der Erbe nie mit seinem eigenen Vermögen haftete. Es steht vielmehr sogar fest, dass ursprünglich der Erbe nur mit dem beweglichen Teil der angefallenen Erbschaft, der Fahrnis, nicht auch mit dem Wert der Liegenschaft haftete, ja dass in frühester Zeit überhaupt die Schulden des Erblassers mit dessen Tode untergingen.

Das «sich des Erbes nicht Unterwinden», wie es in einzelnen Quellen heisst, hatte die Bedeutung, dass dem Erben die Möglichkeit einer Ablehnung der Erbschaft zugestanden war, wenn er sich allfälligen Klagen der Erbschaftsgläubiger und der damit verbundenen oft schwierigen Beweispflichten von vornherein entziehen wollte [3]).

Über die Bedeutung der Rechtsparämie: le mort saisit le vif (der Tote erbt den Lebendigen) herrscht Streit [4]). Wenn sich auch der Satz in einzelnen Ländern dem römischen Recht gegenüber behaupten konnte, so kann man doch sagen, dass kaum etwas anderes mehr allgemein germanisch war, als der Mangel eines Erbrechtsbegriffes im Sinne einer Gesamtnachfolge. Ferner tritt im Gegensatz zum römischen Recht die Nachfolge in das Gut des Verstorbenen nicht durch Rechtssatz, sondern durch faktischen Uebergang des Besitzes ein. Nach herrschender Ansicht geht die Gewere — der Besitz des Erblassers an den Erbschaftssachen — sofort mit dem Erbfall auf den Erben über, sei es als leibliche oder als ideelle Gewere.

Bei der Vorliebe der Germanen für feierliche Formen und Symbole dürfen wir für die älteste Zeit einen Rechtsakt des

---

[3]) **Heussler** S. 34, 562.
[4]) **Meyer** S. 73; **Stobbe** S. 22; **Siegel** S. 478.

Erben zum Erwerb der Erbschaft, sei es durch Ergreifung mittels Anefang oder unter Mitwirkung des Gerichtes annehmen. Aber eine solche symbolische Handlung bezweckte nicht die Begründung der Gewere durch den Erben, sondern sie war nur vorteilhaft zur Konstatierung und Sicherung der Gewere. In denjenigen Perioden aber, welche für die Entwicklung und Deutung des modernen Rechtes in Betracht kommen, übermittelte der blosse Uebergang der tatsächlichen Herrschaft zugleich den Übergang der Gewere oder der possessio civilissima, wie sie dann genannt wurde. Äusserlich stellte sich demnach der Erbschaftserwerb im deutschen Recht ebenso dar wie der Erwerb der sui im römischen Recht [5]).

3. Der französische Code civil.

Sowohl die römisch-rechtlichen als die deutsch-rechtlichen Grundgedanken haben in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, wenn auch teilweise umgewandelt und den veränderten Verhältnissen angepasst, weitergewirkt. Insbesondere haben sie auch den schweizerischen Gesetzgeber bei der Gestaltung des Erbrechts beeinflusst. Von besonderer Bedeutung waren dabei der französische Code civil, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch und vor allem das bisherige schweizerische Privatrecht, welches in einigen Kantonen bereits kodifiziert war, teilweise aber auch seine Regelung aus Einzelgesetzen und aus Gewohnheitsrecht schöpfte.

Der Code civil aus dem Jahre 1804 ist bezüglich unserer Materie sowohl von deutschen als römischen Rechtsgedanken durchsetzt. Nach Art. 724 geht die Erbschaft de plein droit auf die Erben über. Es ist somit der ipso jure-Erwerb der Erbschaft zum Prinzip erhoben. Der deutsch-rechtliche Satz: «der Tote erbt den Lebendigen» gilt auch im französischen Recht. Kraft Gesetzes gehen mit dem Erbfall auf die Erben Vermögen, Rechte und Klagen des Verstorbenen über, ebenso die Verpflichtung, die Schulden des Erblassers zu bezahlen. Saisine heisst dieser Übergang der Erbschaft.

Art. 775 bestimmt jedoch, dass niemand verpflichtet ist, eine ihm angefallene Erbschaft anzunehmen. Der ipso jure-Erwerb erweist sich daher als ein bedingter, vorläufiger. Zum wirklichen Erwerb ist der geäusserte Wille des Erben, die Erb-

[5]) **Stobbe** S. 20.

schaft haben zu wollen, massgebend. Diese Willenserklärung erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend durch die Annahme. Mit dem Moment des Erbanfalls eröffnet das Gesetz dem Erben ein Wahlrecht, droit d'option. Er kann darüber entscheiden, ob er die Erbschaft annehmen oder ausschlagen will. Da aber nach französischem Recht solus deus heredem facit, hat mithin die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft lediglich den Sinn einer Erklärung des gesetzlichen Erben, die Erbschaft behalten oder nicht behalten zu wollen. Das Gesetz gibt ihm eine bestimmte Frist, innerhalb welcher er unbelästigt überlegen kann. Lässt er die Frist verstreichen, ohne sich zu erklären, kann er durch Drittpersonen gezwungen werden, Stellung zu beziehen. Während dieser Frist hat der Erbe, der sich noch nicht entschieden hat, einen Schutz gegen Prozesse der Nachlassgläubiger. An sich konnten zwar die Nachlassgläubiger sofort nach dem Erbfall die Erben in Anspruch nehmen. Aber der Erbe hat für die Inventarerrichtung eine Frist von 3 Monaten, welche durch eine weitere Frist von 40 Tagen verlängert werden kann. Solange diese Fristen laufen, kann der Erbe jedem Nachlassgläubiger die Einrede entgegenhalten, dass er sich noch nicht über die Annahme der Erbschaft schlüssig geworden ist. Diese Einrede versagt, wenn das Verfahren nur die Erhaltung der einem Dritten gegen die Erbschaft zustehenden Rechte bezweckt.

Eine acceptation tacite wird angenommen «quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier» (Cc. Art. 778). Das Cc nimmt von der pro herede gestio aus «les actes purement conservatoires de surveillance et d'administration provisoire» Diese Einrede fällt sofort weg, wenn die Erbschaft angenommen wird. Eine Annahme der Erbschaft liegt nicht in solchen Handlungen des Erben, welche nur zur Beaufsichtigung, Erhaltung oder Verwaltung des Nachlasses dienen. Nach Art. 796 kann sich der Erbe vom Gericht ermächtigen lassen, dem Verderben ausgesetzte Sachen zu veräussern. Solche Verfügungen bleiben dem endgültigen Erben gegenüber wirksam.

Nach Ablauf der genannten Frist kann der Erbe von seinen Nachlassgläubigern gerichtlich belangt werden, auch wenn er sich noch nicht für die Erbschaftsannahme entschlossen hat Wird er jedoch nicht von dritter Seite zu einer Erklärung gezwungen, so steht ihm das Wahlrecht auch weiterhin zu, ja der Gesetzgeber nennt in Art. 790 sogar einen Fall, wo der Erbe auch

nach Ausschlagung der Erbschaft jene unter gewissen Voraussetzungen wieder rückgängig machen kann. Das Wahlrecht ist an eine Verjährung von 30 Jahren gebunden. In der Doktrin herrscht Streit, ob nach der Verjährung die Erbschaft als durch den Erben angenommen oder ausgeschlagen gelte. Doch hat die Praxis entschieden, dass nach dem Ablauf der 30 jährigen Frist der Erbe als der Erbschaft entfremdet anzusehen sei. Macht der Erbe von seinem Wahlrecht in der Weise Gebrauch, dass er die Erbschaft ausschlägt, dann gilt es, wie wenn der Erbe überhaupt nicht existiert hätte. Die Ausschlagung muss vorbehaltlos und bedingungslos sein, sie gilt für die ganze dem Betreffenden deferierte Erbportion und ist im grossen und ganzen auch unwiderruflich.

Es ergibt sich nach diesen Bestimmungen, dass der Code civil nur dann klares Recht schafft, wenn der Erbe entweder tatsächlich angenommen oder tatsächlich ausgeschlagen hat. Hat er sich jedoch nicht entschieden, so bildet sich eine Rechtslage heraus, die zu den verworrensten Verhältnissen führen kann.

4. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch stellt in § 1922 als wichtigste Grundsätze des Erbrechts die Prinzipien des ipso jure-Erwerbes der Erbschaft und der Universalsukzession auf. Mit dem Tode des Erblassers geht die Erbschaft ohne weiteres auf die Erben über, ohne deren Zutun, ja ohne deren Wissen und Willen. Da aber nach dem Grundsatz der Universalsukzession die Erbschaft mit Aktiven und Passiven auf den Erben übergeht, deren Folge die Haftung des Erben mit seinem eigenen Vermögen für die Nachlassverbindlichkeiten ist, so müsste sich für den Erben jedesmal eine höchst unerquickliche Situation ergeben, wenn der ihm zugefallene Nachlass überschuldet ist. Deshalb charakterisiert das BGB den Erbschaftserwerb als einen bloss **vorläufig** erfolgten, indem es nach § 1942 dem Erben das Recht gibt, die Erbschaft auszuschlagen, d. h. den bereits erfolgten Erwerb mit auflösender Wirkung auf den Tag des Erbfalles rückgängig zu machen.

Die Annahme nach BGB hat einen andern Charakter als im Code civil. Hier ist sie in vorgeschriebener Form gefordert, um den Erwerb zu einem definitiven zu gestalten, dort bedeutet sie lediglich einen Verzicht auf das Ausschlagungsrecht. Infolge

der Bedeutung, die die Frage, wer Erbe wird, für die Interessenten, vor allem für später Berechtigte und für Erbschaftsgläubiger haben kann, ist der provisorische Zustand, der mit dem Erbfall und dem damit ins Leben gerufenen Ausschlagungsrecht entsteht, an eine verhältnismässig sehr kurze Frist von 6 Wochen gebunden. Dadurch wird eine schnelle Entscheidung erzwungen. Der Erwerb der Erbschaft durch den Erbfall ist also noch kein endgültiger, kein vollkommener. Er wird dies erst durch die Annahme oder durch die Versäumnis der Ausschlagungsfrist. Beide Erklärungen, auf die Ausschlagung zu verzichten oder sich der Erbschaft zu entschlagen, sind unwiderruflich. Ferner ist nach BGB die Annahme oder Ausschlagung nur eines Teiles unwirksam, wie auch die Antretung unter Bedingung und Zeitbestimmung.

Der Rahmen der vom BGB für den vorläufigen Erben zugelassenen Handlungen ist bedeutend enger als der des Code civil und des ZGB. Der Grund liegt in der kürzeren Ueberlegungsfrist und in der intensiveren Mitwirkung der Behörde (Erbschaftspflegschaft). Solange dem Erben noch das Ausschlagungsrecht zusteht, ist sein Erwerb noch nicht «endgültig», daher gilt er in wichtigen Beziehungen als noch nicht vollendet. Wohl sagt das Gesetz, dass die Erbschaft mit dem Erbfall auf den berufenen Erben übergeht. Danach könnte man annehmen, dass erbschaftliche Geschäfte auch vor der Annahme wirksam sind, in gewissen Fällen zwar infolge der Ausschlagung der Erbschaft unwirksam werden, in andern aber wirksam bleiben. Demnach hat der Erbe das Recht, vor der Annahme der Erbschaft Prozesse hinsichtlich des Nachlasses zu führen.

Das Gesetz trifft nur Sonderbestimmungen, welche die grundsätzlich mit dem Erbfall eintretende Vereinigung der Vermögen vor der Annahme der Erbschaft in einzelnen Beziehungen modifizieren. So kann ein Anspruch, welcher sich gegen den Nachlass richtet, vor der Annahme der Erbschaft gegen den Erben nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Dagegen kann der Erbe Nachlassrechte unter Vorbehalt seines Ausschlagungsrechtes gerichtlich einklagen. Auch kann der Erbe einen Prozess, der gegen den Erblasser anhängig war, vor der Annahme der Erbschaft fortsetzen. Er ist aber dazu nicht verpflichtet. Vor der Annahme kann auch keine Zwangsvollstreckung in den Nachlass wegen Verbindlichkeiten des Erben stattfinden.

Nach der Annahme kann der Erbe mit dem Nachlass beliebig schalten und walten, ohne Rücksicht auf die Nachlassgläubiger, jedoch können diese, wenn ihre Befriedigung aus dem Nachlass gefährdet ist, eine Nachlassverwaltung beantragen. Hat sich der Erbe in besonderen Fällen die Beschränkung der Haftung auf den Nachlass ausbedungen, so wird er nachträglich den Nachlassgläubigern von der Annahme der Erbschaft an persönlich so verantwortlich, wie wenn er die Verwaltung als ihr Beauftragter geführt hätte.

Wenn auch der Einfluss des Code civil und des BGB auf das schweizerische Zivilgesetzbuch unverkennbar ist, so nimmt er doch demselben nicht seinen originellen Charakter. Der schweizerische Gesetzgeber fand in den kantonalen Kodifikationen und Einzelgesetzen eine reiche Auswahl theoretisch wie praktisch wertvoller gesetzgeberischer Lösungen vor, die es ihm ermöglichten, ein hauptsächlich auf schweizerische Quellen gestütztes bodenständiges Recht zu schaffen.

5. Das kantonale Privatrecht.

Die kantonalen Privatrechte lassen sich in zwei Gruppen einteilen: in die mit deutschrechtlicher und in die mit annähernd gemeinrechtlicher Auffassung. Zur ersten Gruppe gehören die deutschen Kantone mit Ausnahme von St. Gallen, Bern, Luzern und Graubünden, zur zweiten die romanischen mit Einschluss der vier genannten.

In der **Gruppe mit deutschrechtlicher Auffassung** findet der Erwerb der Erbschaft von Rechts wegen statt mit der Möglichkeit nachträglich Aufhebung durch Ablehnung. Die Ausschlagung ist möglich, solange der Erbe sich wirklich passiv verhalten hat. Die Möglichkeit fällt fort, sobald der Erbe die Erbschaft tatsächlich übernommen hat. Doch werden vielfach während des Schwebezustandes, der mit Ablauf der Ausschlagungsfrist (20—60 Tage) zu Ende geht, Handlungen zugelassen, die bloss zur Verwaltung und Erhaltung der Masse gehören (Solothurn CG, § 611, Baselstadt Erbgesetz, § 93).

Die Ausschlagung besteht in einer bestimmten Erklärung bei einer Amtsstelle. An Stelle der Ausschlagung und innert der gleichen Frist wie diese kann die Rechtswohltat des Inventars angesprochen werden. Eine Reihe von Gesetzen kennt eine Vermutung der Ausschlagung bei falliten Erbschaften (Zürich PG

§ 935, Schaffhausen PG § 1874, Thurgau Erbgesetz § 117, Basel-stadt Erbgesetz § 85).

Die **Kantone mit** annähernd **gemeinrechtlicher Auffassung** lassen den Erwerb seitens des Erben mittels einer kurzfristigen Annahmeerklärung eintreten. Die Erklärung kann auch stillschweigend durch Vornahme einer Handlung geschehen, welche die Absicht, die Erbschaft anzunehmen, in sich schliesst. Konservatorische Handlungen und solche der vorläufigen Verwaltung begründen noch keine Annahme der Erbschaft (St. Gallen Art 140, Waadt CC 722, Wallis CC 816).

Die Möglichkeit der Nichtannahme wird nach einzelnen Gesetzen durch gewisse Aneignungshandlungen, insbesondere durch Unterschlagung und Verheimlichung von Erbschaftssachen verwirkt.

Für die Ausschlagung wird regelmässig eine ausdrückliche Erklärung und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie für die Annahme verlangt. Anstatt Annahme oder Ausschlagung lassen einzelne Gesetze auch das Verlangen des öffentlichen Inventars zu.

ERSTES KAPITEL.

Der Nachlass und die Person des vorläufigen Erben.

§ 1. Der Nachlass im Interimsstadium.

Der Uebergang der Erbschaft vom Erblasser auf den Erben vollzieht sich im Sinne des ZGB nach dem römisch-rechtlichen Grundsatz der Gesamtnachfolge und dem deutsch-rechtlichen Prinzip des Erwerbes kraft Gesetzes.

Das Prinzip der **Gesamtnachfolge** (Art. 560) bewirkt, dass die Erbschaft auf den Erben als Einheit übergeht, mit Aktiven und Passiven, ferner dass sich dieser Uebergang mittels eines und desselben Vorganges vollzieht. Das Prinzip des **ipso jure-Erwerbes** bewirkt den Übergang des Erbvermögens **unmittelbar** von Gesetzes wegen, ohne dass es einer Willensäusserung des Erben bedarf (Art. 560), ja selbst ohne sein Wissen.

Die Unmittelbarkeit des Erwerbes schliesst somit jedes Zwischenstadium zwischen Anfall und Erwerb aus, soweit nicht in besonderen Fällen gesetzliche Ausnahmen eingreifen (Art. 574, 575). Anfall und Erwerb (Delation und Akquisition) liegen nicht auseinander, vielmehr bedeutet Anfall zugleich den Erwerb. Ebenso wie bei **Rechten** und **Pflichten** vollzieht sich nach ZGB auch der Übergang der tatsächlichen Herrschaft, des **Besitzes**, ohne Willenshandlung und Wissen des Erben [6]), obschon es begrifflich eine Nachfolge in eine Tatsache nicht gibt. Es vererbt sich auch nicht der tatsächliche Besitz, sondern die Rechtstellung, welche dem Erblasser als Besitzer zukam [7]).

Beide Grundsätze, Gesamtnachfolge und gesetzlicher Erwerb, bedingen noch nicht begrifflich oder tatsächlich eine **Verschmelzung** des Vermögens des Erben und des Erblassers.

Eine solche Verschmelzung, wenn sie sich auch unmittelbar mit der Tatsache des Todes vollziehen sollte, wäre um so weniger

[6]) **Tuor**, Nr. 3, Vorb. zu Art. 560; ausdrücklich § 857 BGB.
[7]) **Riesenfeld** I, S. 155.

erwünscht, als das Verhältnis des berufenen Erben zum Nachlass vorderhand ein noch nicht gefestigtes ist, indem der Berufene binnen einer gewissen Frist die Erbschaft ausschlagen und sich dadurch der auf ihn übergegangenen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten wieder entledigen kann (Art. 566).

Mit Rücksicht auf dieses noch ungeklärte Verhältnis entsteht mit dem Tode des Erblassers bis zur Entscheidung der Frage, ob der oder die Berufenen definitiv Erben **bleiben**, ein provisorisches Stadium. In der Zwischenzeit bis zu dieser Entscheidung bildet der Nachlass einstweilen eine Sondermasse oder ein **Sondervermögen.**

Man versteht darunter einen innerhalb des Vermögens einer Person bestehenden, durch besondere Kriterien abgegrenzten Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten mit wechselndem Bestand, für den besonderes Recht gilt [8]). Es bestehen gleichsam zwei Rechtskreise, zwischen denen wegen der Gemeinsamkeit des Subjektes eine Art Personalunion begründet wird.

Das normale Vermögen des Menschen dient seinen allgemeinen Zwecken, welche in der Regel von ihm selbst willkürlich gesetzt werden oder welche für ihn sein gesetzlicher Vertreter setzt. Das Sondervermögen ist hingegen für einen speziellen Zweck bestimmt, auf welchem eben seine Sonderstellung beruht.

Dass auch der Nachlass im Interimsstadium ein solches Sondervermögen bildet, ist im Gesetze nirgends ausdrücklich gesagt und auch in der schweiz. Literatur nicht hervorgehoben, folgt aber unseres Erachtens aus dem Wesen der Sache und aus gewissen gesetzlichen Anordnungen. Gemäss Art. 571 Abs. II darf sich der vorläufige Erbe vor Ablauf der Überlegungsfrist nicht in die Angelegenheit der Erbschaft einmischen und keine Handlungen vornehmen, die nicht «durch die blosse Verwaltung der Erbschaft und durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers» verursacht sind.

Ohne den späteren ausführlichen Erörterungen dieser Einmischungsfrage vorgreifen zu wollen, ist über die Stellung des Nachlasses während der Überlegungsfrist jedenfalls von dieser Gesetzesnorm auszugehen, aus welcher folgt:

a) Es gibt eine Verwaltung «der Erbschaft», somit eine Verwaltung derselben als Sondermasse, mit andren Worten eine vom Vermögen des Erben gesonderte Verwaltung des Nachlasses. Eine

---

[8]) **v. Thur**, Allg. T. BGB I, S. 330 ff.; **Gierke**, II, § 104, III.

«blosse Verwaltung der Erbschaft» nach Verschmelzung beider Vermögen oder vielmehr nach Einschmelzung des Nachlasses in das Vermögen des Erben wäre undenkbar.

b) Es gibt einen «Fortgang der Geschäfte des Erblassers», also einen Weiterbetrieb der Fabriken, Werkstätten, Ladengeschäfte, Agenturen usw., als Geschäfte «des Erblassers», nicht des Erben. Wohl sind sie materiell auf den Erben übergegangen, er ist der Eigentümer geworden, aber formell gehen die Geschäfte ohne seine «Einmischung» weiter. Er darf wohl gewisse Handlungen vornehmen, um diesen Fortgang aufrecht zu erhalten, die aber immerhin keine Einmischung bedeuten dürfen. Sonst ist die Ueberlegungsmöglichkeit erledigt. Bei einer Verschmelzung wäre ein «Fortgang der Geschäfte des Erblassers» ohne Ingerenz des Erben nicht mehr denkbar. Handlungen des Erben, die eine Verschmelzung herbeiführen, müssten eine solche Stellung der Erbmasse gegenüber, wie sie Art. 571 während der Überlegungsfrist fordert, unmöglich machen.

c) Vollends folgt die Stellung des Nachlasses während der Überlegungsfrist als Sondermasse bezw. als Masse mit gesonderter Verwaltung aus dem Verbot, bei Verlust des Ausschlagsrechts Erbschaftssachen sich anzueignen oder zu verheimlichen. Dieses Verbot ist, wie noch ausführlicher dargelegt werden wird, nicht nur im Interesse der Miterben aufgestellt, sondern, da es auch den Alleinerben trifft[9]), ebenso sehr zum Schutze der Gläubiger und Vermächtnisnehmer.

Der Erbe, der durch den Anfall Eigentümer geworden ist, und zwar der Alleinerbe als ausschliesslicher Eigentümer, darf sich nichtsdestoweniger Erbschaftssachen nicht **aneignen.** Er darf sie also nicht aus der Erbmasse herausnehmen und als die seinigen behandeln. Verbindung und Vermischung von Sachen, Überführung von Guthaben auf eigene Konten usw. würden die unweigerliche Folge sein, und der Erbe würde sozusagen mit jeder Verfügungshandlung über **sein** Vermögen zugleich eine solche über Erbschaftsvermögen begehen, so dass von einer Ausschlagung keine Rede mehr sein könnte.

Aus diesen Erwägungen scheint uns zwingend hervorzugehen, dass der Nachlass trotz Ueberganges auf den Erben im Wege der Gesamtnachfolge während der Überlegungsfrist noch keine Verschmelzung mit dem Erbenvermögen eingeht, sondern

[9]) **Tuor,** Nr. 7 zu Art. 571; **Escher,** Bem. 4 zu Art. 571.

seine Existenz als Sondermasse weiterbehält und gesonderter Verwaltung untersteht.

Der Fall ist übrigens nicht ohne Analogie in unserer Gesetzgebung. Wenn zwei Aktiengesellschaften fusionieren, so dass die eine die andere in sich aufnimmt, so gehen Aktiven und Passiven der aufzunehmenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die aufnehmende Gesellschaft über [10]). Nichtsdestoweniger gebietet das Gesetz das tatsächliche Getrennthalten der beiden Vermögensmassen bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft (Art. 669 Ziff. 1 OR). Die Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft brauchen sich deshalb nicht nur an das Vermögen der einstigen Gesellschaft zu halten. Sie können vielmehr gegen das fusionierte Gesellschaftsvermögen als Gesamtvermögen vorgehen, ebenso wie das neue zugebrachte Vermögen auch den Gläubigern der aufnehmenden Gesellschaft verhaftet wird [11]).

Die faktische Vermögenstrennung ist zu Gläubigerschutzzwecken angeordnet. Wir erblicken eine ähnliche Gestaltung beim Nachlass während der Überlegungsfrist des Erben, obschon das Gesetz von einem tatsächlichen Getrennthalten nicht spricht. Rechtlich hat sich eine Gesamtnachfolge vollzogen, so dass der beiderseitigen Gläubigerschaft (des Erben und der Erbschaft) eine einzige Vermögensmasse gegenübersteht. Faktisch soll aber das Erbschaftsvermögen bis zum Ablauf der Überlegungsfrist getrennt gehalten werden, da nur eine solche Trennung die Enthaltung von «Einmischungen» des Erben ermöglicht und ihm die Ueberlegungsfrist wahrt.

Wenn Tuor [12]) von der eingetretenen Vereinigung beider Vermögensmassen spricht, die schon während der Schwebe den Erbengläubigern eine Pfändung von Erbschaftswerten ermöglicht. so ist offenbar die **rechtliche** Vereinigung kraft Gesamtnachfolge gemeint, was der faktischen Trennung der Verwaltung nicht widerspricht.

Im übrigen hat das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen sogar eigene Institute der Sonderverwaltung des Nachlasses geschaffen: das **öffentliche Inventar** (Art. 580 ff), die **Erbschaftsverwaltung** (Art. 554 ff) und die **amtliche Liquidation** (Art. 593

---

[10]) **Schneider u. Fick**, Nr. 4 zu Art. 669 OR.
[11]) **Schneider u. Fick**, Nr. 7 zu Art. 669 OR.
[12]) **Tuor**, Nr. 13 zu Art. 559, vgl. zu dieser Stellungnahme unsere Auffassung unter § 18 hernach.

ff). Auch das Institut des **Willensvollstreckers** ist zu den Sonderverwaltungseinrichtungen zu rechnen.

Bei einer **Erbenmehrheit** macht gerade die Tatsache, dass der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen sämtlicher Erben wird, eine Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen der einzelnen Erben unmöglich. Die einzelnen Erben haben Gesamteigentum an den Nachlassgegenständen (Art. 602 Abs. II) und eben darum kann bis zur Aufteilung, also sogar noch nach der Annahme der Erbschaft, von einer Verschmelzung mit dem Vermögen der Miterben keine Rede sein. Nur diejenigen Nachlassgegenstände, die im Wege der Aufteilung dem einzelnen Miterben zugewiesen werden, scheiden aus der Gemeinschaft aus und verschmelzen mit dem Privatvermögen der sie empfangenen Miterben.

Gegenstand der Gemeinschaft ist somit die unverteilte Erbschaft als ein «von dem Einzelvermögen der Miterben getrenntes Vermögensganzes[13]). Während aber hier der Nachlass auch **rechtlich** dem Erbenvermögen als Sondermasse gegenübersteht, so dass Rechtsbeziehungen zwischen Erblasser und Erben trotz Vermögensüberganges ihre Selbständigkeit behalten, ist die Trennung der beiden Vermögensmassen beim Alleinerben nur eine **faktische.**

Mit diesen Feststellungen zur Charakteristik der Stellung des Nachlassvermögens in der Übergangszeit während der Überlegungsfrist müssen wir uns hier begnügen, da die Äusserungen dieser Rechtsstellung Gegenstand ausführlicher weiterer Betrachtung in den nachfolgenden Darlegungen sind.

§ 2. Der vorläufige Erbe.

Das **Kontinuitätsprinzip** des ZGB lässt zwischen Anfall und Erwerb der Erbschaft keinen Zwischenraum zu. In seiner Konsequenz müsste es dazu führen, dass dem Erben jede Entschliessungsfreiheit in Bezug auf die Erbschaft genommen würde. Ein solcher Zwang dürfte aber zu der Rechts- und Handlungsfreiheit der Persönlichkeit in Widerspruch treten, zumal mit der Erbschaft dem Erben auch Lasten auferlegt werden.

Der Gesetzgeber hat daher neben dem Kontinuitätsprinzip auch noch dem **Deliberationsprinzip** Rechnung tragen müssen. Da er den Erbschaftserwerb nicht aufschieben wollte, bis der

[13]) **Tuor,** Nr. 16 zu Art. 602; **Escher,** Bem. 2 zu Art. 602.

Erbe sich zur Annahme entschlossen hat (Antretungssystem), so blieb nur übrig, dem Erben freizustellen, binnen bestimmter Frist durch eine Willenshandlung den Erwerb wieder rückgängig zu machen. Dieses System, man könnte es **Ausschlagungssystem** nennen, hat denn auch das ZGB gewählt (Art. 566).

Folge dieses Systems ist, dass der zur Erbschaft berufene Erbe bis zum Ablauf der Überlegungsfrist noch keine gefestigte Stellung hat. Er wird daher im Zwischenstadium bis zur Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung als vorläufiger oder provisorischer Erbe behandelt.

Daraus folgt zur Begriffsbestimmung des vorläufigen Erben:

a) Der vorläufige Erbe ist **wirklicher Erbe.** Er hat die Erbenstellung, wenn auch noch nicht definitiv. Es stehen ihm demgemäss die **Rechte** und **Rechtsverhältnisse** des **Erblassers** einschliesslich des Besitzes ohne weiteres schon zu, da sich, wie unter § 1 ausgeführt wurde, der Übergang des Erbvermögens ipso jure, d. h. unmittelbar kraft Gesetzes, vollzieht. Er ist daher **Eigentümer** der Erbschaftssachen, **Inhaber** der beschränkten dinglichen Rechte und Forderungen der Erbschaft. Er ist ebenso bereits **Schuldner der Nachlassverbindlichkeiten** infolge des Prinzips der Gesamtnachfolge (Art. 560 Abs. I und II).

b) Sein Recht ist aber ein **schwebendes** Recht[14]). Schlägt nämlich der Erbe innert gewisser Frist aus, so wirkt dies auf den Erbfall zurück, und jede Wirkung des Erbrechts wird wieder beseitigt (Arg. aus Art. 572 Abs. I). Diese Schwebe ist keine Bedingung im eigentlichen Sinne. Zum Begriff der Bedingung gehört nämlich die willkürliche d. h. auf Parteiwillen beruhende Abhängigmachung eines Rechtserfolges von einem ungewissen Umstand. Diese Abhängigmachung durch Parteiwillen fehlt hier, da die Abhängigkeit der Rechtswirkung vom ungewisen Umstand durch positive Rechtsvorschrift gegeben ist (Rechtsbedingung, conditio juris, conditio tacita) [15]).

Der Gegensatz zwischen suspensiver und resolutiver Bedingtheit als Behelf der Rechtstechnik greift aber über das Gebiet der Rechtsgeschäfte hinaus und berührt auch die conditiones juris[16]). Die Frage, ob der Erwerb des Erben suspensiven oder resolutiven Charakter hat, kann nicht zweifelhaft sein angesichts der kate-

---

[14]) **Leonhard**, II, § 1942.
[15]) v. **Tuhr**, S. 646; **Oser**, S. 397 Bem. 36.
[16]) **Reichel**, S. 13; **Tuor**, Nr. 12 Vorb. 2 II. Abschn.

gorischen Erklärung des Gesetzes: «Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes» (Art. 560 Abs. I). Der sich mit dem Erbanfall sofort vollbziehende Übergang kraft Gesetzes (« . . . gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne weiteres auf sie über», Art. 560 Abs. II) ist nicht nur formaler Natur, sondern eine wirkliche materielle Rechtsänderung zur Folge. Demzufolge hat die **Schwebe einen auflösenden** und keinen bloss aufschiebenden **Charakter.**

In der Bezeichnung «vorläufiger Erbe» bringt somit das Hauptwort «Erbe» zum Ausdruck, dass wir es mit einem wirklichen Erben zu tun haben, das Beiwort «vorläufig», dass die Erbenstellung dieses Erben resolutiven Charakter hat. Die Kennzeichnung Erbe umfasst sowohl den Alleinerben, wie den **Miterben.** Im letzteren Falle entsteht gemäss Art. 602 unter den Mitberechtigten eine **Erbengemeinschaft,** wodurch die Stellung des einzelnen vorläufigen Miterben infolge der Konkurrenz der übrigen in vielen Richtungen modifiziert wird [17]).

Andrerseits bildet die Kennzeichnung als «Erbe» eine Abgrenzung gegenüber jenen Personen, die zu der Erbschaft in Rechtsbeziehungen stehen, ohne dass ihnen jedoch Erbenstellung zukommt. Dies trifft insbesondere für **Vermächtnisnehmer** zu (Art. 562 ff), während die gesetzliche Nutzniessung (Art. 561) eine besondere Kategorie von Personen umfasst, die in gewissen Beziehungen von den Vermächtnisnehmern verschieden behandelt und den Erben angenähert werden. Darüber folgen weiter unten nähere Ausführungen.

Die Kennzeichnung «vorläufig» steht im Gegensatz einerseits zum **endgültigen** Erben, der die Erbschaft nicht mehr ausschlagen kann (Art. 571), andrerseits zum **suspensiv bedingten Erben,** bei welchem ein ipso jure-Erwerb überhaupt nicht eintritt (Art. 574, 575). Letzterer wird im weiteren Verlaufe dieses Kapitels noch näher zu behandeln sein.

§ 3. Der vorläufige Erbe als Erstberufener.

Vorläufiger Erbe ist **jeder Erbe,** mag der Berufungsgrund Gesetz, letztwillige Verfügung oder Erbvertrag sein (Art. 566 Abs. I), weil das Ausschlagungsrecht jedem Erben zusteht. Ins-

---

[17]) Vgl. **Tuor,** Vorb. zu Art. 602; **Escher,** Bem. zu Art. 602, und § 15 hernach.

besondere ist es auch das Gemeinwesen, da diesem gleichfalls das Ausschlagungsrecht zusteht [18]).

Der überlebende Ehegatte ist, wenn der Erblasser Nachkommen hinterlässt, vorläufiger Erbe, sofern er sich für den Eigentumsviertel entscheidet (Art. 462 Abs. I). Mit dem Erbanfall ist jedoch die Wahlmöglichkeit für den überlebenden Ehegatten erst eröffnet, und es ist bis zu seiner Entscheidung noch ungewiss, welche von beiden Möglichkeiten, Eigentum oder Nutzniessung, er wählt. Es erhebt sich somit die Frage, ob der überlebende Ehegatte, der als gesetzlicher Erbe mit Nachkommen konkurriert, überhaupt mit dem Erbanfall in die Stellung eines vorläufigen Erben kommt. Diese Frage entsteht angesichts der noch obwaltenden Ungewissheit seiner Wahl. Wählt er Nutzniessung, so lehnt er hiermit die Gesamtnachfolge ab und beschränkt sich auf Singularsukzession [19]). Der Singularsukzessor ist aber nicht Erbe (vgl. z. B. den Vermächtnisnehmer Art. 487, 513, 515, 525 usw.).

Es kommt hinzu, dass dem Ehegatten die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten zusteht, die juristisch gleichwertig sind. Es hat nicht etwa der Eigentumsanspruch vor dem andern den Vorrang, und es darf nicht die eine oder die andere Alternative im Zweifel als zu Recht bestehend angenommen werden.

Die Wahl, deren Möglichkeit eine paritätische ist, eröffnet sich dem Ehegatten mit dem Tode des Erblassers (des andern Ehegatten) und ist an keine gesetzliche Frist gebunden. Sie kann insbesondere auch noch nach Ablauf der Ausschlagungsfrist (Art. 567) und der Frist zum Begehren des öffentlichen Inventars (Art. 580 Abs. II, 587) vorgenommen werden. Sie kann regelmässig auch nicht vor der Erbteilung erzwungen werden.

Es kann somit eine geraume Zeit vergehen, bis der Ehegatte seine Wahl trifft, und die Frage, ob er inzwischen als vorläufiger Erbe anzusehen ist, wird dadurch umso bedeutsamer.

Die Wahl hat rückwirkende Kraft. Wird sie im Sinne des Eigentumsanteils getroffen, so liegen die Verhältnisse so, als ob der überlebende Ehegatte vom Tode des Erblassers an Erbe zu einem Viertel gewesen wäre. Er ist somit in diesem Falle auch vorläufiger Erbe gewesen. Wählt er die Nutzniessung, so

---

[18]) **Guidon**, S. 138; **Escher**, Bem. 16; **Tuor**, Nr. 2 zu Art. 592.
[19]) **Tuor**, Nr. 20 zu Art. 462.

war er hingegen vom Erbfall an Nutzniesser und daher nur Singularsukzessor. Die gesetzlichen Nutzniesser nehmen aber, wie schon angedeutet worden ist, nicht die gleiche Stellung wie die Vermächtnisnehmer ein.

Wenn auch der Ehegatte als Nutzniesser nur Singularsukzessor ist, so findet doch eine Reihe von Bestimmungen, die das Gesetz für den Erben anordnet, auf ihn Anwendung. Wir heben insbesondere hervor: die Teilungsvorschriften und die Sicherheitsmassnahmen (Art. 551 ff) [20]). Seine Nutzniessung hat dingliche Kraft schon vom Augenblick des Erbganges an [21]). Er figuriert auch sonst unter dem Namen eines Erben (vgl. Marginale zu Art. 462: «Überlebender Ehegatte. I. Erbanspruch», Art. 540, wo unter «Erbe zu sein» auch «gesetzlicher Nutzniesser zu sein» zu verstehen ist) [22]).

Ist diesen Bestimmungen zu entnehmen, dass die gesetzliche Nutzniessung Erbenstellung verleiht? Die Frage muss trotz der eigenartigen Stellung dieser am Nachlass Berechtigten verneint werden. Der Ehegatte als Nutzniesser ist nicht Teilhaber der Erbengemeinschaft [23]), noch Gesamthänder mit Bezug auf das Gesamtgut der Erbschaft; er hat weder das Recht auf die Erbschafts-, noch auf die Erbteilungsklage, auf das öffentliche Inventar und die amtliche Liquidation. Er haftet nicht für die Schulden der Erbschaft solidarisch mit den Miterben, noch diesen selbst für seinen Anteil (Art. 640 Abs III).

Einen direkten Beweis dafür, dass ihn der Gesetzgeber nicht als Erbe im technischen Sinne des Wortes anerkennt, bietet Art. 574. Danach wird dem überlebenden Ehegatten die Erbschaft angeboten, sobald die Nachkommen sie ausschlagen, nicht aber, wenn Angehörige der elterlichen oder grosselterlichen Parentel dies tun. In diesem letzteren Falle ist nämlich der Ehegatte schon primär und zwar ausschliesslich zum Erben berufen, während in Konkurrenz mit Nachkommen die Berufung eine alternative ist: zur Erbschaft oder zur Nutzniessung. Entscheidet er sich für die Erbschaft (Eigentumsviertel), so gilt er schon primär neben den Nachkommen als Erbe, und es bedarf keiner Nachberufung mehr. Optierte er dagegen für die Nutzniessung, so ist bei Ausschlagung aller Nachkommen die Erb-

---

20) **Bühlmann**, S. 221; **Tuor**, Nr. 22 zu Art. 462.
21) **Leemann**, Nr. 8 zu Art. 747.
22) **Tuor**, Nr. 22 zu Art. 462.
23) **Tuor**, Nr. 2 zu Art. 602.

schaft **erblos** und müsste zur konkursamtlichen Liquidation gelangen. Diese kann nur durch einen Erbantritt abgewendet werden, und zur Bewirkung eines solchen wird die Erbschaft dem Ehegatten nochmals angeboten, eben weil er durch die Option für Nutzniessung kein Erbe geworden ist[24]).

Wenn der gesetzliche Nutzniesser, wie oben angedeutet worden ist, im ZGB vielfach unter dem Namen eines Erben figuriert, so ist darunter **Erbe** im **weiteren Sinne** zu verstehen[25]). Unter Erbrecht im subjektiven Sinne versteht man nämlich nicht nur den Anspruch einer Person auf die Erbfolge, sondern zuweilen auch die ihr zustehenden Ansprüche an der angefallenen Erbschaft[26]). Ein solches mit dinglicher Kraft ausgestattetes Recht an der Erbschaft ist das gesetzliche Nutzniessungsrecht des Ehegatten (Art. 462), der Urgrosseltern und der Geschwister der Grosseltern (Art. 460), und darum wird es nach der volkstümlichen Terminologie des ZGB gleichfalls als Erbrecht bezeichnet.

In Wirklichkeit ist es nur ein durch Unmittelbarkeit und dingliche Kraft verstärktes Vermächtnis, das wie alle andern Vermächtnisse den Rechten der Erbschaftsgläubiger nachsteht. Auch die Art der Auseinandersetzung mit den Erben ist bei der gesetzlichen Nutzniessung nicht die wirkliche Erbteilung (Art. 607 ff), sondern eine besondere Auseinandersetzung, die mit oder ohne Realteilung vor sich gehen kann und auf welche die Grundsätze über die Erbteilung nur analoge Anwendung finden können[27]).

Wie ist angesichts all dieser Erwägungen die Frage zu entscheiden, ob der überlebende Ehegatte, der mit Nachkommen konkurriert, schon mit dem Ableben des Erblassers in die **Miterbenstellung** eintritt, und zwar als vorläufiger Erbe, oder ob er diese Miterbenstellung erst im Zeitpunkt der Wahlerklärung, aber mit rückwirkender Kraft, erwirbt?

Bei **Tuor** finden wir zwei divergierende Lösungen dieser Frage:

Nach Nr. 3 zu Art. 602 kann bis zur Wahlerklärung weder Miterbenstellung des Ehegatten noch das Gegenteil angenommen werden, da keine Vermutung in dem einen wie in dem andern Sinne bestehe. Die Entscheidung geschehe erst durch

---

[24]) **Tuor**, Nr. 3 zu Art. 574.
[25]) **Tuor**, Nr. 22 zu Art. 462, Nr. 4 zu Art. 606.
[26]) **Tuor**, Nr. 4 Einl.
[27]) **Tuor**, Nr. 51, 52 zu Art. 462.

die Wahlerklärung, und zwar mit rückwirkender Kraft [28]). Diese Theorie, die man als **Alternativtheorie** kennzeichnen kann, wird zwar der Gleichwertigkeit der Wahlrechte der Ehegatten gerecht, befriedigt aber umso weniger, je länger der Schwebezustand bis zur Wahlerklärung dauern kann. Tuor fühlt das und empfiehlt, den Ehegatten **vorsichtshalber** inzwischen als Mitglied der Erbengemeinschaft zu behandeln.

Eine andere Lösung findet sich beim gleichen Autor in Nr. I zu Art. 561. Danach tritt zunächst mit der Eröffnung des Erbganges auch für den Ehegatten Erbfolge ein, die in der Folge je nach der Wahlerklärung definitiv werde oder mit rückwirkender Kraft, ähnlich wie bei der Ausschlagung, aufgehoben werde [29]). Es wird also hier nicht wie nach der Alternativtheorie eine Suspensivschwebe, sondern eine **doppelte Resolutivschwebe** angenommen.

Der überlebende Ehegatte wird vorläufiger Erbe, somit Mitglied der Erbengemeinschaft, unter einer doppelten Resolutivschwebe:

a) dass er nicht die Erbschaft ausschlage,

b) dass er nicht die Nutzniessung wähle.

Der Ehegatte ist danach vorläufiger Erbe wie die andern Miterben, nur ist bei ihnen diese Eigenschaft durch eine einfache, beim Ehegatten durch eine doppelte Resolutivschwebe bedingt. Wohl sind die beiden Möglichkeiten, Eigentum oder Nutzniessung, beim Ehegatten gleichwertig. Allein diese Gleichwertigkeit bedeutet lediglich, dass der Schwebezustand nicht automatisch durch Fristverstreichung beendet wird, indem Stillschweigen als Annahme gilt, sondern dass es zu seiner Beendigung einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung des Ehegatten bedarf.

Der Ehegatte ist zur Erbschaft berufen; die Berufung bleibt jedoch solange eine bedingte, als er nicht die Wahlerklärung abgibt.

Wir halten diese Lösung für die richtigere, weil sie einerseits dem Prinzip der Parität beider Wahlmöglichkeiten keinen Zwang antut, andrerseits mehr befriedigt als die andere, da sie gestattet, den Ehegatten schon mit dem Erbgang als provi-

---

[28]) In gleichem Sinne **Gut**, Ehegattenerbrecht, Diss. Zürich 1922, S. 104.

[29]) So auch **Zimmermann**, Erbrecht des überl. Ehegatten, Diss. Bern 1926, S. 96.

gorischen Erben zu behandeln, so dass seine Rechtsstellung eine vorläufige Abklärung erfährt. Er hat während der Pendenz ein Mitwirkungsrecht in der Gemeinschaft im Umfange dessen, was ein vorläufiger Erbe vornehmen darf, ohne seine Stellung zu präjudizieren. Wählt er später die Nutzniessung, so sind seine Handlungen während der Pendenz als Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen [30]).

Schliesslich sei noch hervorgehoben, dass auch der Ehegatte wie ein Erbe durch konkludentes Handeln (Einmischung im technischen Sinne) sein Wahlrecht verlieren kann, so dass er dadurch Erbe wird und nicht mehr für Singularsukzession optieren darf [31]).

Vorläufiger Erbe und zwar erstberufener kann auch ein **Kind im Mutterleibe** sein. Art. 31 Abs. I spricht die Rechtsfähigkeit der menschlichen Leibesfrucht aus, und Art. 544 zieht daraus die besondere Konsequenz für das Erbrecht. Der nasciturus wird darnach wie jeder lebende Nachfolger durch den Tod des Erblassers unmittelbar Erbe (gesetzlicher oder eingesetzter), wenn er nur in diesem Augenblick bereits empfangen ist. Es muss also der Zeitpunkt der Empfängnis festgestellt werden, da zur Zeit des Todes noch nicht Gezeugte keine gesetzlichen Erben werden können und für die gewillkürte Erbfolge lediglich als Nacherben in Betracht kommen.

Für den nasciturus handeln in Wahrnehmung seiner Interessen und Pflichten die gesetzlichen Vertreter.

Juristisch liegt beim nasciturus eine doppelte **resolutive Bedingtheit** vor:

1. Die **bedingte Natur seiner Erbfähigkeit.** Gemäss Art. 544 Abs. II ist seine Erbfähigkeit nur unter dem Vorbehalt anerkannt, dass er lebendig geboren wird. Kommt er tot zur Welt, so fällt er für den Erbgang ausser Betracht (Art. 544 Abs. II) [32]).

2. Die **Bedingtheit seiner Erbenstellung** mit Rücksicht auf die Ausschlagungsmöglichkeit.

---

[30]) Ähnlich **Helene Widmer**, S. 21, die aber annimmt, der Ehegatte trete mit der Eröffnung des Erbganges bedingt in die Stellung eines Miterben und eines gesetzlichen Vermächtnisnehmers, **zwei** Stellungen, die miteinander kaum vereinbarlich sind. Im übrigen tut diese Annahme dem Alternativcharakter der Wahl Zwang an, indem sie, wenn auch vorläufig, beide Möglichkeiten **kumuliert.**

[31]) **Escher,** 8 c zu Art. 462; **Tuor**, Bem. 42.

[32]) **Escher,** Bem. 2; **Tuor,** Nr. 4 zu Art. 544.

Auch **juristische Personen** sind unbeschränkt erbfähig, könnten also auch vorläufige Erben sein. Hingegen findet sich eine dem Rechte des nasciturus analoge positivrechtliche Bestimmung nur beim Stiftungsgeschäft. Die Stiftung ist dadurch privilegiert, dass sie auch noch durch den letzten Willen begründet werden kann (Art. 493), also zur Zeit des Anfalls der Zuwendung noch nicht existent sein muss. Dadurch ist die Regel des Art. 542 ZGB durchbrochen. Allerdings wird die Stiftung nur erbfähig, insoweit es sich um Zuwendungen seitens des stiftenden Erblassers handelt [33]).

Art. 493 ist daher nicht anwendbar auf Stiftungen, die als Auflage einem Bedachten überbunden werden. Zuwendungen an diese mit Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Stiftungen können nur auf dem Wege der konstruktiven Nacherbfolge (Art. 545 Abs. II) erworben werden. Nach § 84 BGB erwirbt eine Stiftung Zuwendungen von Todes wegen, auch wenn sie erst nach dem Tode des Stifters existent wird. Es dürfte dieser Grundsatz auch für die Anwendbarkeit des Art. 493 gelten auf Stiftungen, die der Erblasser durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden errichtet und sodann von Todes wegen bedacht hat, selbst wenn die Stiftung zur Zeit des Erbganges mangels vollzogener Eintragung in das Handelsregister noch nicht Rechtspersönlichkeit erlangt hat [34]). Sie kann somit auch in solchen Fällen vorläufiger Erbe werden.

§ 4. Der nachberufene vorläufige Erbe.

Stirbt der vorläufige Erbe während des Überlegungsstadiums, so **vererbt sich** seine Stellung gemäss Art. 569 Abs. I auf seine gesetzlichen, bezw. eingesetzten Erben. Diese Nachfolger (Erbeserben) erwerben ein der Stellung ihres Erblassers entsprechendes Recht an dem ihm angefallenen Erbe; sie werden an seiner Statt vorläufige Erben bezüglich dieses Nachlasses.

Von einem eigentlichen **Übergang der Ausschlagungsbefugnis»** (Marginale zu Art. 569) kann jedoch nicht gesprochen werden, da den Nachfolgern eine selbständige Berechtigung mit selbständiger Frist (nicht Fortsetzung der begonnenen Frist) zugedacht ist [35]).

---

[33]) **Escher**, Bem. 1; **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 493.
[34]) **Tuor**, Nr. 14 zu Art. 493.
[35]) **Tuor**, Nr. 3 zu Art. 569.

Die Erbeserben sind aber **vorläufige Erben in einem doppelten Sinn**: gegenüber der indirekten, ihnen durch Vermittlung ihres Erblassers zukommenden Erbschaft und gegenüber der direkten Erbschaft, dem Nachlass ihres eigenen Erblassers. Diese Doppelstellung hat praktische Konsequenzen, indem die Stellung zur indirekten von der zur direkten Erbschaft unabhängig ist. Demgemäss bieten sich für den Erbeserben zwei Möglichkeiten:

1. Er kann die indirekte Erbschaft und auch die direkte erwerben.
2. Er kann die direkte Erbschaft annehmen und die indirekte ausschlagen.

Hingegen kann er nicht die indirekte Erbschaft unter Ausschlagung der direkten annehmen [36]).

Anders gestaltet sich die **Nachberufung bei Ausschlagung** durch den vorläufigen Erben. Zunächst ist zwischen gesetzlichen und eingesetzten Erben zu unterscheiden.

Wenn als **einziger gesetzlicher Erbe ein Nachkomme** vorhanden ist und dieser ausschlägt, so erfolgt keine Nachberufung seiner etwaigen Nachkommen, noch weniger eine solche der nachfolgenden Parentel. Gemäss Art. 573 Abs. I gelangt die Erbschaft vielmehr zur Liquidation durch das Konkursamt. Ist aber ein überlebender Ehegatte vorhanden, der schon für die Nutzniessung optiert hat, so wird ihm im Wege der Nachberufung zum zweiten Male die gesetzliche Möglichkeit eröffnet, Erbe zu werden, diesmal freilich **Alleinerbe** (Art. 574).

Durch diese Nachberufung tritt jedoch der überlebende Ehegatte keineswegs in die Stellung eines vorläufigen Erben. Im Sinne des Art. 574 wird hier nämlich das System des ipso jure-Erwerbes durchbrochen. Delation und Akquisition fallen ausnahmsweise auseinander [37]). Es bedarf erst einer besonderen Annahmeerklärung des Ehegatten, um ihm Erbenstellung einzuräumen. Der Erwerb ist hier nicht wie beim vorläufigen Erben resolutiv, sondern suspensiv bedingt.

Sind **mehrere gesetzliche Erben** vorhanden und schlagen alle aus, so erfolgt konkursamtliche Liquidation (Art. 572). Schlagen einer oder einige von den gesetzlichen Erben aus, so vererbt sich der Anteil wie beim Vorversterben des oder der Ausschlagenden (Art. 572 Abs. I). Der oder die Nachberufenen rücken in die

---

[36]) **Escher**, Bem. 4; **Tuor**, Nr. 5, 6 zu Art. 569.

[37]) **Tuor**, Vorb. 2 zum II. Abschn. Nr. 7 a, Nr. 10 b zu Art. 574; **Escher**, Bem. 5 zu Art. 574.

Stellung von vorläufigen Erben. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Der oder die Ausschlagenden haben **Nachkommen.**

Die Erbschaft gelangt an diese im Wege der sukzessiven Berufung. Man spricht von Eintrittsrecht (Art. 569 Abs. I). Schlagen die unmittelbaren Nachkommen aus, so rücken deren etwaige Deszendenten jure repraesentationis an ihrer Stelle (Art. 457) in die Rechtsstellung von vorläufigen Erben auf. Allerdings nur diejenigen, die im Augenblick der Eröffnung des Erbganges bereits lebten oder als nascituri vorhanden waren. Es folgt dies aus der noch ausführlicher zu erörternden rückwirkenden Kraft der Ausschlagung [38]).

b) Hat der ausschlagende gesetzliche Miterbe keine Nachkommen, so greift **Akkreszenzrecht** zugunsten der andern Miterben ein. Sie rücken im Verhältnis der Grösse ihrer Erbansprüche in die Stellung des Ausschlagenden als Erben auf, wobei der Anfall zunächst an die Mitangehörigen des gleichen Stammes oder Urstammes erfolgt [39]). Doch haben sie bezüglich des Akkreszensteils **nicht die Stellung von vorläufigen Erben.** Der angewachsene Teil hat nämlich nicht den Charakter eines besonderen Erbteils. Der Miterbe, zugunsten dessen Anwachsung erfolgt, kann daher entweder den ganzen Erbteil ausschlagen und hiermit auch die angewachsene Portion, oder er nimmt den Erbteil an und hat alsdann bezüglich des nachträglichen Zuwachses kein Ausschlagungsrecht mehr [40]).

Anders liegt der Fall, wenn jemand zu mehreren Erbteilen berufen ist (z. B. ex lege und aus Testament). In diesem Falle ist der Erbe bezüglich jedes Erbteils vorläufiger Erbe, solange die Überlegungsfrist offen steht.

Meinungsverschiedenheiten ergeben sich hinsichtlich des überlebenden Ehegatten, der sich unter den erwerbenden Miterben befindet. Die Frage, welcher Erbteil diesem Ehegatten in Konkurrenz mit weiteren Mitberufenen derselben Parentel zufällt, berührt uns hier nicht, da es sich nur um die Feststellung der **Person** handelt, die als vorläufiger Erbe in Betracht kommen kann. Diese Personenfrage ist aber nur streitig, wenn alle Mitberufenen ausschlagen.

---

[38]) **Tuor,** Nr. 14 a zu Art. 572, Nr. 12 Vorbem. zu Art. 570 ff.; **Escher,** S. 6, Vorbem. zu Titel 13; **Strohal,** I, S. 60.

[39]) Sten. **Bulletin** 1906, S. 288, 292, 447; **Tuor,** Nr. 166 zu Art. 572.

[40]) **Strohal,** II, S. 27; **Escher,** Bem. 2 zu Art. 572.

Nach einer dem Gesetzestext sich eng anschliessenden Meinung ist es so zu halten, als ob der ausschlagende Miterbe den Erbfall nicht erlebt hätte (Art. 572 Abs II). Es treten also an seine Stelle seine Nachkommen und beim Fehlen solcher oder bei Ausschlagung die nächste Parentel [41]). Danach würde der Ehegatte erst nach Ausschlagung aller blutsverwandten Erben (Art. 457 ff) in Betracht kommen.

Eine andere Ansicht [42]) lässt den Ehegatten bei Ausschlagung aller Mitberufenen zum Alleinerben werden. Sie lehnt also die sukzessive Delation an die weiteren blutsverwandten Erben ab. Diese Ansicht stützt sich zunächst auf die ratio legis. Die Ausschlagung hat hauptsächlich ihren Grund in der Ueberschuldung der Erbschaft, was auch Art. 573 anzunehmen scheint, der die konkursrechtliche Liquidation vorsieht und den Erben einen etwaigen Überschuss zukommen lässt, auch wenn sie ausgeschlagen haben. Dieser ratio entspricht es aber, die Erbschaft bei Ausschlagung durch die Mitberufenen sofort dem Ehegatten anzubieten, anstatt den Weg zu den weiteren Parentelen usque ad finem zu gehen. Der Ehegatte ist nämlich aus Pietätsgründen zwecks Abwendung des Konkurses an der Annahme noch am ehesten interessiert und kann als regelmässiger Hauptgläubiger aus Güterrecht dem Konkurs auch wirksam begegnen.

Des weiteren stützt sich diese Ansicht auf Art. 574, der den Ehegatten sofort hinter den Nachkommen beruft, und auf die prinzipielle Vermeidung der sukzessiven Berufung durch das ZGB. Diese Ansicht ist zu billigen, umsomehr als auch der Wortlaut des Art. 573 sie unterstützt. Danach gelangt die Erbschaft nur dann zu konkursamtlicher Liquidation, wenn alle «nächsten» gesetzlichen Erben ausgeschlagen haben. Nächster gesetzlicher Erbe ist aber stets auch der Ehegatte, weil er mit allen Klassen konkurriert. Es müssten also alle ex lege zunächst Berufenen ausschlagen, d. h. auch der überlebende Ehegatte, damit konkursamtliche Liquidation eintrete. Schlagen die Miterben mit Ausschluss des Ehegatten aus, so verbleibt eben der Ehegatte noch und hindert die konkursamtliche Liquidation, wenn er sich für die Annahme entscheidet.

Handelt es sich um Ausschlagung der Erbschaft durch **eingesetzte Erben** (Testament- oder Vertragserben), so ist zunächst

---

[41]) **Strohal**, S. 79 ff.
[42]) **Tuor**, Nr. 19, 20 zu Art. 572.

der Wille des Erblassers zu beachten. Der Erblasser kann eine Ersatzverfügung für solche Fälle anordnen (Art. 487). Der oder die **Ersatzerben** rücken in diesem Falle jure substitutionis als vorläufige Erben auf. Fehlt eine Ersatzverfügung, so gelangt der ledige Anteil an die «nächsten» gesetzlichen Erben (Art. 572 Abs. II). Das Wort «nächsten» ist ein superfluum [43]). Es treten die gesetzlichen Erben nach der Parentelenordnung in die Stellung von vorläufigen Erben, d. h. mit der Möglichkeit der Ausschlagung. Es können das die Miterben des Eingesetzten sein, wenn die Verfügung nicht die ganze Erbschaft erschöpft, oder diejenigen, die durch die Verfügung von Todes wegen zunächst ausgeschlossen waren.

Ausser dem Falle der Nachberufung durch Vererblichkeit der Stellung des vorläufigen Erben und durch Ausschlagung der erstberufenen vorläufigen Erben kennt das Gesetz noch eine Nachberufung auf ausdrückliches Verlangen **des oder der erstberufenen vorläufigen Erben** (Art. 575). Wenn nämlich alle nächsten gesetzlichen Erben ausschlagen, können sie (oder einer von ihnen) an die zuständige Behörde das Begehren stellen, dass die auf sie folgenden Erben noch befragt werden, bevor die Erbschaft liquidiert wird.

Allein diese Nachberufung auf Verlangen gibt den Nachberufenen nicht die Stellung von vorläufigen Erben. Gemäss Art. 575 Abs. II bedarf es seitens dieser Nachberufenen einer ausdrücklichen Annahmeerklärung, ansonst die Erbschaft auch von ihnen als ausgeschlagen gilt. Daraus folgt, dass es sich hier um einen suspensiv bedingten Erwerb handelt, der vor erklärter Annahme nicht Platz greift [44]).

Hingegen gelangt ein **Nacherbe** (Art. 492) zur Erbschaft zunächst als vorläufiger Erbe, da auch ihm die Möglichkeit der Ausschlagung offensteht.

Bei der **amtlichen Liquidation** steht dem Erben ein Recht auf das Nettoergebnis zu [45]). Dass er diesem gegenüber aber nicht die Stellung eines vorläufigen Erben einnimmt, liegt auf der Hand. Es fehlt hierzu das Begriffsmerkmal «Erbe», da die amtliche Liquidation an Stelle der Gesamtnachfolge die Einzelnachfolge eintreten lässt, wie in den weiteren Darlegungen noch näher ausgeführt werden wird.

---

[43]) **Tuor**, Nr. 22 zu Art. 572.
[44]) **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 575; **Escher**, Bem. 3.
[45]) **Tuor**, Nr. 14 zu Art. 596.

ZWEITES KAPITEL.

Die Stellung des vorläufigen Erben in zeitlicher Beziehung.

1. Voraussetzung und Beginn.

§ 5. Zeitlicher Eintritt in die Interimsstellung.

Die Vorraussetzung und der Beginn der Stellung des vorläufigen Erben fallen mit denen des Erben überhaupt zusammen, da, wie bereits ausgeführt wurde, jeder Erbe vorerst vorläufiger Erbe ist, solange er noch von der Ausschlagungsbefugnis Gebrauch machen kann. Da die Voraussetzungen somit mit denen des Erbewerdens überhaupt sich decken (Art. 566 Abs. I), bedürfen sie hier keiner besonderen Untersuchung.

Hingegen fällt der **Beginn der Überlegungsfrist** nicht ohne weiteres mit dem Erbanfall zusammen. Sie ist vom Beginn der Interimsstellung zu unterscheiden. Es ist dies deswegen bedeutsam, weil eine Reihe von Bestimmungen erst vom Augenblick des Beginns der Überlegungsfrist in Betracht kommen (wie z. B. Einmischung, Verwirkung).

Vorläufiger Erbe ist jeder Erbe vom Augenblicke des Anfalls der Erbschaft an ihn, d. h. jeder, der zur Erbschaft eingesetzt oder gesetzlich berufen ist und die Eröffnung des Erbganges in erbfähigem Zustande erlebt hat sogar als nasciturus (Art. 544). Sein Wissen und Wollen spielt dabei keine Rolle.

Die Überlegungsfrist kann logischerweise erst mit dem Augenblick beginnen, in welchem der vorläufige Erbe sich dessen bewusst wird, dass er Erbe ist. Voraussetzung hierfür ist Kenntnis des Todes des Erblassers und der eigenen Berufung. Art. 567 Abs. II hat dies nicht gerade glücklich zum Ausdruck gebracht, indem er bei den gesetzlichen Erben nur den Tod des Erblassers bezw. die Kenntnis vom Erbfall erwähnt, bei den eingesetzten Erben nur die amtliche Mitteilung der Verfügung [46]). Aus dem Vergleich mit Art. 566 Abs. I folgt aber ohne weiteres,

[46]) **Tuor**, Nr. 5 zu Art. 567; **Escher**, Bem. 3 a zu Art. 567; **Binder**, I, S. 125.

dass immer beide Momente bewusst sein müssen, d. h. auch die Kenntnis der eigenen Berufung.

Im übrigen ist einerseits zwischen handlungsfähigen und handlungsunfähigen Erben, andrerseits zwischen gesetzlichen und eingesetzten Erben zu unterscheiden. Was die Handlungsunfähigen anbetrifft, so ergibt sich in analoger Anwendung von Art. 12 und 18 ZGB, dass das Kennen oder Nichtkennen gewisser Tatsachen bei ihnen nicht in Betracht kommen kann. Ebensowenig können an sie gerichtete Erklärungen wirksam sein [47]). Es bedarf vielmehr in beiden Fällen der **Kenntnis der gesetzlichen Vertreter.**

Der Lauf der Überlegungsfrist für die **gesetzlichen Erben** beginnt nach Art. 567 Abs. II «mit dem Zeitpunkte, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden», wozu im Sinne der vorgehenden Ausführungen auch noch die Kenntnis der eigenen Berufung gefordert werden muss. Beide Tatsachen werden in der Regel zusammenfallen, müssen es aber nicht, da z. B. das Vorhandensein vorgehender Erben angenommen werden kann, die vorverstorbenen sind, oder ein Testament vorliegen kann, das die gesetzlichen Erben ausschliesst und erst durch Ungültigkeitserklärung beseitigt wird.

Den Beweis, von der Berufung nicht gleichzeitig mit dem Tode des Erblassers Kenntnis erhalten zu haben, legt Art. 567 Abs. II den Erben auf, nicht aber den Beweis verspäteter Kenntnisnahme vom Tode des Erblassers. Behauptet somit ein Erbschaftsgläubiger, dass die Ausschlagung verspätet sei, so muss er beweisen, dass die Überlegungsfrist in dem Augenblick, da die Erben Kenntnis vom Ableben des Erblassers erhalten haben, bereits verstrichen war. Sache der Erben ist es, den Gegenbeweis zu führen, dass seit der Kenntnisnahme von ihrer Berufung zur Erbschaft bis zur Ausschlagung die Frist noch nicht abgelaufen war [48]).

Die Frist kann erst beginnen, wenn die Kenntnis eine sichere ist. Vage Möglichkeit zählt nicht. Andrerseits bedarf es keiner amtlichen Mitteilung. Auch irrtümliche Annahme eines — nicht zutreffenden — Berufungsgrundes, z. B. gesetzlichen Erbrechts statt testamentarischen, kann nicht den Beginn der Frist herbeiführen [49]).

---

[47]) **v. Tuhr**, S. 185; **Stooss** S. 36.
[48]) **Tuor**, Nr. 5 zu Art. 568; **Escher**, Bem. 3 a zu Art. 568.
[49]) **Strohal**, II, S. 5.

Für den **eingesetzten Erben** beginnt nach Art. 567 Abs. II die Überlegungsfrist nicht mit der Kenntnisnahme der beiden genannten Voraussetzungen, sondern erst mit dem Zeitpunkte, «da ihnen die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers zugekommen ist». Der Beweis der Verspätung der Ausschlagung obliegt hier dem Gegner des Erben.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes müsste man auch beim **Vertragserben**, da er ja gleichfalls «eingesetzter Erbe» ist, den Empfang der amtlichen Mitteilung als Anfangspunkt der Überlegungsfrist annehmen. Dem widerstreitet jedoch der Umstand, dass eine amtliche Eröffnung und somit auch eine Mitteilung für den Erbvertrag nicht vorgesehen ist (Art. 556). Logischerweise ist daher der Vertragserbe in Bezug auf den Ausgangspunkt der Frist dem gesetzlichen gleichzustellen, es wäre denn, dass im konkreten Falle eine amtliche Eröffnung und amtliche Mitteilung stattgefunden hat, was jedenfalls nicht untersagt ist [50]).

Ist ein Inventar als **Sicherungsmassnahme** (Art. 553) aufgenommen worden, so beginnt die Überlegungsfrist für alle Erben mit dem Tage, an dem die behördliche Mitteilung von dem Abschluss des Inventars ihnen zugeht. Das Gesetz spricht wohl nur von **Kenntnisgabe**, allein der Vergleich mit Art. 567 Abs. II und 569 Abs. II und III weist auf diesen Sinn ohne weiteres hin [51]).

Die Frist selbst wird gemeinhin als Ausschlagungsfrist bezeichnet. Wir möchten sie eher als **Überlegungsfrist** kennzeichnen, da die Ausschlagung, wie weiter unten (unter II. Kap. 2) dargelegt werden wird, auch vor Beginn dieser Frist erfolgen kann und der Ausschlagung auch die Nichtausschlagung in der gleichen Frist gegenübersteht.

Die Überlegungsfrist ist eine **normale**, die mit drei Monaten bemessen ist (Art. 567 Abs. I), oder eine **erstreckte**, die, wie noch auszuführen sein wird, gesetzlich nicht beschränkt ist (Art. 576). Sie ist zwingenden Rechts, kann somit weder durch den Erblasser noch durch die Parteien abgeändert werden. Doch kann der Erblasser an die Erbeinsetzung die Bedingung knüpfen, dass der Erbe innert kürzerer Frist als die gesetzliche die Erbschaft

---

50) **Tuor**, Nr. 7 zu Art 567, und **Rossel**, I, S. 618 lassen nur die private Kenntnis als Anfangspunkt der Frist gelten; **Stooss**, S. 37, nur die amtliche Mitteilung, die er allerdings irrtümlich für obligatorisch ansieht.

51) **Tuor**, Nr. 3 zu Art. 568.

annehme [52]). Nur der Pflichtteil verträgt eine solche Bedingung nicht, da er Bedingungen und Befristungen überhaupt nicht unterworfen werden kann (BGE 50 II, S. 456).

2. Beendigung.

§ 6. Beendigung durch ausdrückliche Annahme.

Das Provisorium wird beendet durch Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft.

Wie schon hervorgehoben wurde, sieht das Gesetz für den Regelfall eine **Erbschaftsannahme** im Sinne einer ausdrücklichen Erklärung nicht vor, indem der ipso jure-Erwerb eine solche überflüssig macht (Art. 571 Abs. I). Da jedoch trotz der Herrschaft des Kontinuitätsprinzips auch dem Deliberationsprinzip Rechnung getragen wird, ist auch eine ausdrückliche Annahme möglich (Arg. aus Art. 588). Sie bedeutet aber juristisch nur einen Verzicht auf das Ausschlagungsrecht [53]), ist daher lediglich während der dazu offen stehenden Frist zulässig.

Die Annahme ist an keine Form gebunden. Als Verzicht auf das Ausschlagungsrecht bedeutet sie eine der Annahme durch eine andere Person nicht bedürftige, somit **einseitige Willenserklärung.** Doch muss sie an einen Adressaten gerichtet sein, zumal da sie in den Rechtskreis anderer Personen eingreift und daher zu deren Kenntnis zu gelangen hat, beispielsweise an einen Miterben, Ersatzerben, Nacherben, Vermächtnisnehmer, Willensvollstrecker, Gläubiger [54]). Auch die Zustellung an die Behörde, die zur Entgegennahme der Ausschlagung bestimmt ist, dürfte als genügend angesehen werden.

Doch kann in einer Annahmeerklärung an eine andere Behörde (z. B. Sicherungsbehörde nach Art. 559 oder Teilungsbehörde) oder an die Oeffentlichkeit eine konkludente Handlung erblickt werden, deren Bedeutung noch näher zu erörtern sein wird.

Da die Annahme eine für einen Empfänger bestimmte Willenserklärung ist, so bleibt sie unwirksam, wenn dem Empfänger vorher oder gleichzeitig mit ihr ein Widerruf zugeht, und sie

---

[52]) **Strohal**, II, S. 3.
[53]) **Tuor**, Vorbem. 2, II. Abschn. Nr. 4, Nr. 2 a zu Art. 571.
[54]) **v. Tuhr**, S. 145; **Tuor**, Nr. 4 zu Art. 571.

ist nichtig, wenn sie mit Wissen des Empfängers nur zum Schein abgegeben wird [55]).

Die Annahmeerklärung ist **unwiderruflich,** doch kann sie wie jede Willenserklärung gemäss Art. 7 ZGB und 23 ff OR wegen Irrtums, Täuschung, Zwanges als einseitig unverbindlich behandelt werden [56]). Ein **Handlungsunfähiger** kann sie überhaupt nicht, ein beschränkt Handlungsfähiger nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abgeben.

Bestritten ist die Frage, ob sich Anfall und Annahme decken müssen, mit andern Worten, ob eine **partielle** Annahme zulässig sei. Aus dem Passus: «Sie (d. h. die Ausschlagung) muss unbedingt und vorbehaltlos geschehen» (Art. 570 Abs. II) wurde insbesondere von einer Reihe von Autoren [57]) auf die Unzulässigkeit einer teilweisen Ausschlagung und somit auch einer teilweisen Annahme geschlossen, da letztere unter den Begriff «Vorbehalt» fällt. Eine solche Interpretation ist zweifellos möglich, da unter Vorbehalt im weiteren Sinne auch derjenige eines Teiles verstanden werden kann. Allein unter Vorbehalt im juristisch-technischen Sinne versteht man eine Verwahrung gegen die Ableitung eines Verzichtwillens oder einer Anerkennung (vgl. auch Art. 89, 160 Abs. II OR u. a. m.) [58]). Soll man unter Vorbehalt auch den einer partiellen Annahme subsumieren, so müsste hierfür eine besondere ratio legis nachgewiesen werden.

Eine solche könnte nur in dem Bestreben erblickt werden eine für alle Beteiligten klare Situation zu schaffen. Die Situation wird aber durch eine bruchteilmässige Ausschlagung keineswegs verdunkelt, wie sich aus der zulässigen Konkurrenz mehrerer Erben ergibt. Auch den Gläubigern kann eine bruchteilmässige Annahme keinen Schaden zufügen, zumal die Schuldenhaftung eine solidarische ist. Es ist somit kein legislativer Grund für die Ablehnung einer partiellen Annahme zu finden und mit Recht bemerkt **Escher** [59]), dass es dem Publikum unverständlich wäre, warum der zum Universalerben Berufene nicht die Hälfte annehmen und die andere Hälfte einem ökonomisch bedrängten Intestaterben überlassen könne.

---

[55]) **Binder,** I, S. 103.
[56]) **Rossel** und **Mentha,** I, S. 621 f.; **Tuor,** Nr. 4 zu Art. 571; **v. Tuhr,** S. 250 f.
[57]) **Curti,** Bem. 6 zu Art. 570; **Rossel,** I, S. 621; **Stooss,** S. 46; **Guggenheim,** S. 15.
[58]) **v. Tuhr,** S. 142; **Oser,** V, 2 b, Art. 1.
[59]) **Escher,** Bem. 2 a zu Art. 570.

Es ist daher nicht einzusehen, warum ohne besonderen Grund dem Parteiwillen Schranken auferlegt werden sollen [60]). Eine solche Schranke hätte der Gesetzgeber ausdrücklich setzen müssen wie z. B. § 1950 BGB.

Umso eher ist bei Berufung aus **mehreren Berufungsgründen** (Gesetz, Testament, Erbvertrag) dafür zu halten, dass der Berufene aus dem einen Grunde ausschlagen, aus dem andern annehmen kann. Das lässt selbst das BGB (§ 1948 Abs. I) zu, trotzdem es prinzipiell verlangt, dass Berufung und Annahme sich decken müssen. Das gleiche ist der Fall, wenn ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist (vgl. auch § 1951 BGB) [61]). Jede Berufung bildet nämlich einen selbständigen Erbanfall, auch wenn die Person des Berufenen bei zwei oder mehreren Anfällen gemeinsam ist. Läuft doch eine besondere Ausschlagungsfrist für jeden Erbanfall, und zwar, wie bereits ausgeführt worden ist, mit verschiedenem Anfangstermin beim gesetzlichen und eingesetzten Erben.

Eine Bestimmung, wonach die Ausschlagung der Erbschaft durch einen Erben sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe erstrecke (wie § 1949 BGB), enthält das ZGB nicht. Die Bemessung der Tragweite einer nicht auf eine bestimmte Berufung spezialisierten Ausschlagung wird demgemäss der richterlichen Würdigung überlassen bleiben [62]).

Die Annahme ist **bedingungsfeindlich** [63]). Sie ähnelt hierin der Ausschlagung (Art. 570 II). Die Hinzufügung von Bedingungen würde die vom Gesetzgeber angestrebte Klarheit und Entscheidungsreife der erbrechtlichen Verhältnisse erheblich beeinträchtigen und zu den unvermeidlichen Schwebezuständen neue angliedern. Die Hinzufügung einer Bedingung bewirkt bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften Ungültigkeit des Geschäftes, somit hier Ungültigkeit der Annahme. Sie ist als nicht geschehen zu erachten, hindert somit weder eine nachfolgende unbedingte Annahme noch eine Ausschlagung.

Von der Bedingungslosigkeit der Annahmeerklärung gibt es allerdings eine Ausnahme: Die **Annahme unter öffentlichem Inventar** nach Art. 588 Abs. I.

---

[60]) **Tuor,** Nr. 11 zu Art. 570.

[61]) **Tuor,** a. a. O.; **Escher,** Bem. 5 zu Art. 567; **Guggenheim,** S. 17.

[62]) **Binder,** I, S. 129; **Escher,** Bem. 5 zu Art. 567; **Tuor,** Nr. 12 zu Art. 570 dehnt im Zweifel die Ausschlagung auf alle Berufungsgründe und Erbteile aus.

[63]) **v. Tuhr,** S. 648; **Tuor,** Nr. 4 zu Art. 571.

Gemäss Art. 580 ist jeder Erbe, der ausschlagungsbefugt ist, berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Nach Abschluss desselben hat er neben Ausschlagung und Annahme noch die dritte Möglichkeit einer **bedingten Annahme**, d. h. einer Annahme unter öffentlichem Inventar (Art. 588), mit der noch zu erörternden Folge einer spezifischen Haftungsbeschränkung. Von einer vierten Möglichkeit, der amtlichen Liquidation (Art. 580 ff), die wir im Gegensatz zur bedingten Annahme als **bedingte Ausschlagung** behandeln möchten, wird noch ausführlicher die Rede sein.

Zweck des öffentlichen Inventars ist, die Härten des Wahlzwanges zwischen unbeschränkter Annahme oder gänzlicher Ausschlagung zu beseitigen. Dem Erben soll eine objektive Kenntnis des Vermögensstandes der Verlassenschaft vermittelt und die Möglichkeit eröffnet werden, die Schuldenhaftung angemessen zu beschränken. Diese Möglichkeit ist jedem **vorläufigen** Erben, auch dem einzelnen Miterben offen gelassen [64]). Nur wenn der provisorische Zustand im Sinne einer unbedingten Annahme oder einer bedingten bezw. unbedingten Ausschlagung beendigt worden ist, ist auch diese Möglichkeit dahingefallen. Das Begehren des öffentlichen Inventars beendet nicht das provisorische Stadium. Der Erbe bleibt somit während des öffentlichen Inventars vorläufiger Erbe. Erst der Abschluss des Inventars durch die Erklärung nach Art. 588 führt die Beendigung des Interimsstadiums herbei.

Die bedingte Annahme ist **unteilbar.** Wird sie von einem unter mehreren Miterben erklärt, so gilt sie auch für die übrigen (Art. 580 Abs. III). Da sie, wie jede Annahme, eine **Willenserklärung** ist, wenn auch eine einseitige, bedarf sie der Handlungsfähigkeit. Unmündige und Entmündigte bedürfen daher der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (nicht auch der Vormundschaftsbehörde). Für Abwesende kann sie der Erbschaftsverwalter (Art. 554) abgeben. Die Heimatbehörde dürfte hierfür kaum legitimiert sein, wie die Berner Justizdirektion (27. I. 1920) annimmt [65]).

---

[64]) Dem **Ehegatten,** nur insoweit er Erbe (zu Eigentum) ist, vgl. oben unter § 3. Stellt der Ehegatte das Begehren, bevor er sich über sein Wahlrecht entschieden hat, so liegt darin eine konkludente Handlung im Sinne der Ablehnung der Nutzniessung; **Tuor,** Nr. 3 zu Art. 580, gegen **Bühlmann,** S. 285.

[65]) **Tuor,** Nr. 6 zu Art. 580.

Hingegen ist diese Willenserklärung keine Verfügungshandlung, kann also auch von der Ehegattin bei Güterverbindung bezw. von jedem Ehegatten bei Gütergemeinschaft abgegeben werden.

Das Begehren des öffentlichen Inventars ist in der gleichen Form wie die Ausschlagung, die noch zu behandeln sein wird, bei der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde zu stellen (Art. 580 Abs. II). Die **Frist** beträgt im Gegensatz zur Ueberlegungsfrist zwecks Ausschlagung nur **einen Monat,** da die Entscheidung risikolos ist und daher rascher getroffen werden kann. Über den Beginn des Fristenlaufes gilt das oben unter 1 Ausgeführte.

Während die bisher erörterten ausdrücklichen Annahmeerklärungen dem vorläufigen Erben anheimgestellt sind, gibt es auch solche, die vom Gesetz gefordert werden.

Nur in drei Fällen wird eine **ausdrückliche Annahmeerklärung gefordert:** bei der Sukzessivberufung nach Art. 574 und 575 und bei überschuldeten Erbschaften (Art. 566).

In Bezug auf den Fall des Art. 574 (Nachberufung des überlebenden Ehegatten) wurde bereits im ersten Kapitel festgestellt, dass dem Ehegatten eine Interimserbenstellung zukommt. Das gleiche gilt aber nicht für den Fall des Art. 575, da bei Ausschlagung zugunsten nachfolgender Erben ein ipso jure-Erwerb nicht platzgreift, die Nachberufenen daher bis zur Akquisition nicht Erben werden. Eine Interimsstellung kann aber nur einem Erben zukommen.

Anders liegt der Fall bei überschuldeten Erbschaften. Art. 566 Abs. II bestimmt: «Ist die Zahlungsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet». Die blosse Vermutung der Ausschlagung ändert nichts an der Regel des Erbanfalls von Gesetzes wegen [66]). Wir haben hier keine sukzessive Delation vor uns. Der Übergang der Erbschaft vollzieht sich hier wie gewöhnlich ipso jure. Somit wird der Erbe vorläufiger Erbe. Das Besondere besteht nur darin, dass Stillschweigen innerhalb der Überlegungsfrist hier als Ablehnung gedeutet wird, weil es sich lediglich um die Übernahme von Lasten handelt, denen nicht überwiegende Vorteile gegenüberstehen.

---

[66]) **Tuor,** Nr. 11 zu Art. 566.

Das Provisorium besteht auch hier in einem resolutiv bedingten Erwerb. Die Resolutivbedingung tritt durch Fristablauf ein, wenn nicht Annahmeerklärung eingreift.

In allen andern Fällen bedeutet Fristablauf Annahme, während zur Ablehnung eine ausdrückliche Ausschlagung gefordert wird.

§ 7. Beendigung durch stillschweigende Annahme.

Neben der ausdrücklichen kennt das ZGB auch eine stillschweigende Annahme durch **konkludente Handlungen** des vorläufigen Erben. Art. 571 behandelt unter dem Marginale «Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis» drei verschiedene Fälle des Verlustes der Ausschlagungsbefugnis: den Ablauf der Befristung, die Einmischung in Erbschaftsangelegenheiten und die Aneignung oder Verheimlichung von Erbschaftssachen.

Nicht auf alle diese Fälle passt die Marginalbezeichnung: «Verwirkung». Unter Verwirkung im technischen Sinne versteht man den Verlust eines Rechts, den das Gesetz an ein **rechtlich missbilligtes** Verhalten knüpft. Die Verwirkung bedeutet eine Privatstrafe für ein zivilrechtliches Delikt, d. h. für ein mindestens böswilliges Verhalten. In dem blossen Unterlassen einer Ausschlagungserklärung, die der vorläufige Erbe innerhalb der durch Gesetz (Art. 567) oder Obrigkeit (Art. 576) vorgeschriebenen Frist vornehmen durfte, kann aber niemals ein rechtlich missbilligtes Verhalten erblickt werden, da das Gesetz die Ausschlagung nur gestattet, nicht befiehlt [67]).

Von dem Untergang des Ausschlagungsrechts durch Nichtausübung zu unterscheiden ist die Verwirkung durch ein rechtlich missbilligtes Verhalten, wie die Aneignung oder Verheimlichung von Erbschaftssachen. Hier handelt es sich nicht um Untergang des Rechts durch Unterlassung einer rechtserhaltenden Massnahme, sondern um einen **Deliktstatbestand,** der einen Rechtsverlust als **Strafe** nach sich zieht.

Einen ganz andern Charakter hat die Einmischung in Erbschaftsangelegenheiten, die man kurz als **Erbgebarung** bezeich-

---

[67]) **Blumenstein,** Verwirkung und Ablauf der Befristung, Diss. Bern 1901, S. 8. In der Literatur wird allerdings von Verwirkung auch gesprochen, wenn eine innerhalb einer gesetzlichen (oder vertraglichen) Frist zur Erhaltung eines Rechts nötige Handlung nicht vorgenommen wird. Vgl. **v. Tuhr,** OR 556/7; **Oser,** Bem. 36 vor Art. 127; **Becker,** Bem. 3 zu Art. 127 OR. Doch ist es wissenschaftlich richtiger, hier von Untergang des Rechts durch Nichtausübung zu sprechen.

nen kann. Hier handelt es sich überhaupt nicht um eine Verwirkung, sondern um eine Willensmanifestation, die auf Annahme schliessen lässt. Man spricht in solchen Fällen von Willenserklärungen durch **konkludentes Verhalten** [68]).

Der Unterschied zwischen dem Deliktstatbestand (Zivildelikt) der Aneignung bezw. Verheimlichung und dem Rechtsgeschäft der Einmischung liegt darin, dass zum ersteren **Urteilsfähigkeit genügt** (Art. 19 Abs. III), während letzteres **Handlungsfähigkeit** voraussetzt (Art. 12). Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der vorläufige Erbe bei Rechtsgeschäften, die eine Annahme durch konkludentes Verhalten in sich schliessen können, durch ausdrücklichen **Vorbehalt** bei der Vornahme von Einmischungshandlungen die Folgerung und das Vorhandensein des Annahmewillens beseitigen kann [69]). Er kann ferner auch **Willensmängel** geltend machen, die eine stillschweigende Annahme ausschliessen.

Diese in der schweizerischen Literatur übereinstimmende Unterscheidung zwischen Verwirkung und stillschweigender Annahme, die ursprünglich auch das Bundesgericht gebilligt hatte (BGE 45 III 161), wurde durch eine neuerliche Entscheidung desselben (BGE 54 II 416) umgestossen. Nach dieser kommt es bei Qualifizierung der Handlungen nach Art. 571 Abs. II nicht auf den Willen des Erben an, der dem Verhalten zugrunde liegt, sondern einzig und allein darauf, ob **objektiv** eine über die notwendige Verwaltung des Nachlasses hinausgehende Massnahme vorliegt. Beide Fälle, Einmischung und Aneignungshandlungen, werden dabei in ihrem juristischen Charakter gleichgestellt und als Verwirkungshandlungen behandelt.

Mit Recht bezeichnet **Guhl** [70]) diese Entscheidung als «zweifellos unrichtig». Das Wort «eingemischt» im Art. 571 knüpft direkt an den überbrachten technischen Sinn der immixtio des römischen Rechts an [71]). Die immixtio der sui heredes war aber ein Rechtsgeschäft, das Geschäftsfähigkeit voraussetzte [72]). Die

---

[68]) **Escher**, Bem. 3 zu Art. 571; **Tuor**, Nr. 9 ff. zu Art. 571; **Rossel**, I, S. 623.

[69]) Der Vorbehalt ist unwirksam, wenn er der wirklichen Absicht des Handelnden nicht entspricht (protestatio facto contraria), d. h. wenn die aus dem Verhalten zu erschliessende Absicht trotz der Ablehnung dennoch besteht.

[70]) **Guhl** in Z.b.J.V. 65, S. 448/9.

[71]) **Tuor**, Nr. 9 zu Art. 571, gegen **Curti**, Bem. 8.

[72]) **Windscheid**, III, Bem. 16 zu § 595.

Motivierung des Bundesgerichtes, die zwischen Verwirkungs- und konkludenten Annahmehandlungen unterscheidende Auffassung lasse eine Quelle von Streitigkeiten und Verzögerungen in der Liquidation der Erbschaft entstehen, kann umsoweniger überzeugen, als die Ermittlung des Vorhandenseins eines rechtsgeschäftlichen Willens die alltägliche Aufgabe des Richters ist. Mehr wird aber von ihm auch durch diese Unterscheidung nicht verlangt [73]).

Eine eigenartige Folge des bundesgerichtlichen Standpunktes wäre, dass auch beschränkt Handlungsfähige, soweit sie nur urteilsfähig sind, eine immixtio begehen könnten, da diese ein Zivildelikt bildet.

Über die Frage, in welchen Handlungen eine Einmischung, d. h. die unmittelbare Betätigung des Willens, Erbe zu sein, erblickt werden kann, schweigt das ZGB. Es begnügt sich damit, positiv **Einmischung** in die Angelegenheiten der Erbschaft zu verlangen, negativ Handlungen der «blossen Verwaltung der Erbschaft» oder solche, die «durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert waren» auszunehmen.

Des weiteren äussert sich das Gesetz nicht darüber, in welchem Stadium der Abwicklung des Erbganges die Erbgebarung Annahmefolge nach sich zieht. Wir wollen zunächst untersuchen, ob dies während des öffentlichen Inventars und der amtlichen Liquidation eintreten kann.

Sicher ist, dass Erbgebarung nur während des Provisoriums Annahme bedeuten kann («vor Ablauf der Frist» und zur Ausschlagung, Art. 571 Abs. II). Das Begehren um Bewilligung des **öffentlichen Inventars** ist, wie bereits hervorgehoben wurde, noch keine Beendigung des Provisoriums, denn mit diesem Begehren trifft der vorläufige Erbe noch nicht die Wahl, sondern bereitet sie nur vor. Somit sind auch während des öffentlichen Inventars Handlungen möglich, die ein Erbgebaren darstellen. Im übrigen wird bei näherer Betrachtung dieser Handlungen auf die Rechtsstellung des Erben beim öffentlichen Inventar noch zurückzukommen sein.

Anders steht es mit dem Begehren der **amtlichen Liquidation.** Mit diesem Begehren trifft der vorläufige Erbe, wie nachstehend unter § 8 weiter ausgeführt werden wird, eine Entschei-

---

[73]) **Tuor,** Anh. Nr. 9 zu Art. 571.

dung, die dem Provisorium ein Ende bereitet. Diese Entscheidung ist unwiderruflich [74]). Sie beendet ebenso wie die Ausschlagung die Deliberationsfrist. Art. 588 Abs. I stellt sie auf gleichen Fuss mit der Ausschlagung oder der Annahme.

Ohne hier schon näher auf den Charakter der amtlichen Liquidation einzugehen, die noch Gegenstand weiterer Erörterung sein wird, ist doch soviel festzustellen, dass mit ihr das Übergangsstadium beendet ist. Somit kann eine stillschweigende Annahme durch konkludente Handlungen nach dem Liquidationsbegehren nicht mehr statthaben.

Nach dieser zeitlichen Abgrenzung können wir der Erörterung der sog. **stillschweigenden Erbschaftsannahme** nähertreten.

Nach Art. 571 Abs. II liegt der springende Punkt in der **Abgrenzung** der «Einmischung» gegen die Verwaltung der Erbschaft, indem Handlungen der Verwaltung und solche, die durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert werden, keine Erbgebarung darstellen, während andere eine Einmischung im Sinne einer Annahme bedeuten.

Diese Abgrenzung ist Tatfrage. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass als Erbschaftsannahme ein Verhalten angesehen werden muss, welches nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Willen erkennen lässt, die Erbschaft dauernd zu behalten [75]). Es kommt also in erster Linie auf den Willen an, die Erbschaft dauernd zu **behalten**, nicht nur zu erwerben, da ja der Erwerb bereits ipso jure eingetreten ist. Aber selbst wenn sich der Erbe des Sinnes seines Verhaltens nicht bewusst ist, darf auf eine Annahme geschlossen werden, wenn nach der gewöhnlichen Lebensauffassung aus seinem Verhalten ein derartiger Schluss gezogen werden muss.

Obschon es sich hier um einseitige Erklärungen handelt, stehen wir hier nicht an, die **Vertrauenstheorie** des OR zur Anwendung zu bringen. Dass nicht die strenge Irrtumslehre des Erbrechts in Betracht kommen kann, folgt schon daraus, dass die Sonderregelung desselben, die in der stärkeren Betonung des Willensmoments (sog. Willenstheorie) beruht, lediglich auf die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen sich bezieht (Art. 469) [76]). Interessen Dritter kommen bei der Er-

---

[74]) **Tuor**, Nr. 1 zu Art. 593; **Dühring** (Die amtliche Liquidation), S. 69.
[75]) **Kipp**, Erbrecht S. 152; **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 571; **Reichel**, S. 121.
[76]) **Tuor**, Nr. 2 zu Art. 469.

richtung solcher Verfügungen nicht in Betracht. Der einseitige Wille des Erblassers bleibt allein entscheidend. Auf andere zivilrechtliche, auch erbrechtliche Verhältnisse sind nach Art. 7 ZGB die allgemeinen Bestimmungen des OR anzuwenden.

Finden aber die Bestimmungen des OR auf die in der stillschweigenden Erbschaftsannahme liegenden Willenserklärung Anwendung, so kommt in Betracht, dass sich die Auslegungsregeln des Art. 18 OR nach übereinstimmender Ansicht nicht nur auf Verträge, sondern auch analog auf einseitige Erklärungen beziehen [77]). In unserm Falle haben wir es mit einer stillschweigenden Erklärung zu tun, durch welche **berechtigte Interessen** anderer Personen, insbesondere der Erbschaftsgläubiger, berührt werden. Der Sinn solcher Erklärungen muss dem möglichen Verständnis der Personen angepasst sein, zu deren Kenntnis sie gelangen (BGE 28 II 276).

Als ihr Sinn wird somit das zu gelten haben, was diese Personen nach den ihnen bekannten Umständen als den wirklichen Willen des Erklärenden auffassen müssen.

Da auf Grund eines solchen Verhaltens Rechtswirkungen eintreten können, wie wenn sie der vorläufige Erbe gewollt hätte, obgleich er tatsächlich einen dahin gehenden Willen nicht gehabt hat, so kann er sich den Beweis seiner wirklichen Absicht sichern, indem er **Protestation** (Verwahrung) einlegt [78]), d. h. seinen wirklichen Willen dem Gegner oder dritten Personen mitteilt. Eine solche Verwahrung wäre nur dann unwirksam, wenn sie der wirklichen Absicht des Handelnden nicht entspricht (protestatio facto contraria), d. h. wenn der Richter zur Überzeugung kommt, dass die aus dem Verhalten nach Treu und Glauben zu erschliessende Absicht dennoch bestehen musste.

Des weiteren muss dem vorläufigen Erben unbenommen sein, die stillschweigende Willenserklärung wegen Willensmängel, insbesondere wegen Irrtums, anzufechten, wenn anzunehmen ist, dass er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles eine solche Willenshandlung nicht vorgenommen hätte (Art. 23 ff OR).

Doch ist mit Rücksicht darauf, dass es sich hier um eine einseitige Willenserklärung handelt, eine wichtige Einschrän-

---

[77]) **v. Tuhr**, Nr. 6 u. II zu Art. 241 OR, S. 251 Nr. 10; **Oser**, I zu Art. 18 OR; **Becker**, Vorbem. zu Art. 23 OR.

[78]) **Oser**, V, S. 26 Art. 1; **v. Tuhr**, S. 142.

kung zu machen. Irrtum im **Beweggrund** ist nach Art. 24 Abs. II unwesentlich, daher ohne Einfluss auf die Willenserklärung. Der Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums erfährt aber durch Art. 24 Abs. 4 eine einschneidende Ausnahme. Betrifft dieser Irrtum einen Sachverhalt, «der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde» (**Grundlagenirrtum**), so wird er als wesentlich erachtet.

Würde dieser Anfechtungsgrund auch bei der stillschweigenden Erbschaftsannahme zugelassen werden, so könnte **Irrtum über die Solvenz des Nachlasses** den Erben nach Art. 31 OR berechtigen, die Annahme binnen Jahresfrist als für sich unverbindlich zu erklären. Dies trifft jedoch keineswegs zu. Zum Grundlagenirrtum wird nämlich gefordert, dass beide Vertragsparteien bezw. sämtliche Beteiligten oder Interessierten den Inhalt des Erklärten nicht gewollt haben. Es muss sich um eine **gemeinsame Vorstellung** der Beteiligten handeln [79]). Ein Grundlagenirrtum auf Seite des annehmenden Erben allein ist daher als gewöhnlicher Motivirrtum unbeachtlich.

Doch ist der vorläufige Erbe auf dieses Rechtsmittel nicht angewiesen, wenn er eine Handlung vornimmt, die sich dem Verkehr gegenüber als Erbgebarung darstellt, ohne dass er selber die Annahmeabsicht wirklich hegt. Da die Betätigungshandlung nur ein **Indiz** darstellt, aus welchem mittelbar auf den Willen des Handelnden geschlossen wird, und das Gesetz keine unwiderleglichen Rechtsvermutungen in dieser Hinsicht aufstellt, so ist es dem vorläufigen Erben unbenommen, durch Darlegung des Sachverhalts die unrichtigen Schlüsse aus seinem Verhalten zurückzuweisen [80]).

Hat der vorläufige Erbe beispielsweise über eine Nachlasssache verfügt in der irrigen Annahme, sie sei seine eigene, so bedarf es seinerseits nicht erst einer Anfechtung dieser «Erbschaftsannahme», weil überhaupt keine Willenserklärung in dieser Richtung vorlag, sondern nur ein äusseres Verhalten, das von Dritten als solche ausgelegt werden könnte. Zur Aufklärung genügt der Nachweis des Beweggrundes. Der vorläufige Erbe kann in dieser Richtung nicht ungünstiger gestellt werden

---

[79]) **v. Tuhr**, S. 261; **Praxis**, II, Nr. 164.
[80]) **v. Tuhr**, S. 137; **Manigk** (Willenserkl. und Willensgeschäft), S. 244 f.

als ein Dritter, der sich in einer Verfügungshandlung vergreift [81]).

Doch muss andrerseits auf die Dokumentierung des Annahmewillens aus einer Verfügung über eine eigene Sache geschlossen werden können, wenn sie in der Meinung geschah, sie gehöre zum Nachlass. Für die Auslegung als Indiz ist nämlich auch eine solche Handlung verwertbar, ja selbst eine nichtige Verfügung über einen Gegenstand quasi heres [82]).

Ebenso können Handlungen aus **Pietät** oder zur **Schadensvorbeugung**, die sich äusserlich als Erbgebarung darstellen, durch Aufklärung der Beweggründe als nicht dazu gehörig dargelegt werden. Doch wird der Richter an solche Nachweise einen umso strengeren Masstab anzulegen haben, je mehr das **Gebaren dem Verkehr gegenüber** den Annahmewillen zum Ausdruck gebracht hat. Die Auslegung von Willenshandlungen behandelt das Bundesgericht als Rechtsfrage [83]).

Bei Behandlung der materiellrechtlichen Stellung des vorläufigen Erben zum Nachlass (III. Kap. nachher) wird auf diese Unterscheidung im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Verwaltungshandlungen von solchen der Erbgebarung näher einzugehen sein.

§ 8. Beendigung durch Ausschlagung.

1. **Ausschlagungsrecht.** Ausschlagung nennt das ZGB ein Rechtsgeschäft, welches bestimmt ist, den kraft Gesetzes eintretenden Erbschaftserwerb rückgängig zu machen. Das Recht des ipso jure-Erben, eine ihm angefallene Erbschaft abzulehnen, steht ihm schon vom Augenblick des Erbanfalles zu. Art. 567 will mit der Festsetzung nicht die Frage regeln, wann frühestens die Ausschlagung erklärt werden darf, sondern den Zeitraum begrenzen, in welchem eine solche Erklärung spätestens noch möglich sein soll [84]). Nur vor dem Anfall der Erbschaft kann eine Ausschlagung nicht gültig erklärt werden, es wäre denn in Form eines Erbverzichtes durch Erbvertrag (Art 495 ff) oder durch Vertrag nach Art. 636.

Fraglich ist, ob nach Eröffnung des Erbganges eine Ausschlagung seitens solcher Erben erfolgen kann, die nicht schon

[81]) L. 87 D. de adqu. vel omittenda hered. 29, 2.
[82]) **Manigk**, a. a. O.
[83]) **Weiss**, Berufung a. d. Bundesg. S. 210 f.
[84]) **Escher**, Bem. 2 zu Art. 567; **Tuor**, Nr. 1 zu Art. 566.

mit dem Tod des Erblassers berufen sind (unter Bedingung, Befristung, als Ersatz- oder Nacherben). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Frage zu verneinen. Die Ausschlagung steht nach Art. 566 den «gesetzlichen und eingesetzten Erben» zu in Bezug auf die Erbschaft, «die ihnen zugefallen ist». Der Wortlaut spricht eine deutliche Sprache. Es muss sich um **Erben** handeln, die eventuell Berufene oder Nachberufene sind. Es muss sich ferner um eine Erbschaft handeln, die «ihnen», d. h. den Ausschlagenden, angefallen ist [85]). Nicht nur der Anfall der Erbschaft schlechtwegs ist gefordert, d. h. die Eröffnung des Erbganges, sondern der Anfall an den oder die Ausschlagenden.

Hingegen ergibt sich aus dieser Bestimmung die Anomalie, auf die Tuor [86]) aufmerksam macht, dass ein Nacherbe schon vor dem Erbgang, sei es durch Erbverzicht, sei es durch Vertrag nach Art. 636, auf seine Erbschaft verzichten kann, während ihm dies nach dem Erbgang, aber vor dem Nacherbfall, nicht mehr möglich wäre. Aus dieser Erwägung heraus sowie aus dem Umstand, dass die Worte «die ihnen zugefallen ist» im französischen Texte fehlen, deutet Tuor die Gesetzesbestimmung dieses Artikels dahin, dass die Ausschlagung nur den Anfall der Erbschaft schlechthin voraussetzt, d. h. den Tod des Erblassers, nicht aber, dass die Erbschaft dem Ausschlagenden selbst bereits zugefallen sein muss.

Gegen diese extensive Auslegung lassen sich aber auch gewisse Argumente anführen. Gemäss Art. 578, der noch näher zu erörtern sein wird, können die Gläubiger die Erbausschlagung binnen sechs Monaten (von der Ausschlagung an) anfechten. Schlägt also ein bedingt Eingesetzter gleich nach dem Tode des Erblassers aus, während der Anfall an ihn erst nach Eintreten der Bedingung erfolgen soll, so müssten die Gläubiger schon binnen sechs Monaten mit der Anfechtungsklage vorgehen, obschon es noch ungewiss ist, ob es überhaupt je zu einem Anfall der Erbschaft an den Beklagten kommen wird. Es müsste also gegen den Grundsatz der Prozessökonomie aus rein formellen Gründen prozessiert werden, ohne dass ein materielles Bedürfnis nach einem solchen Rechtsstreit vorhanden wäre. Im Interesse der Gläubigerschaft ist also eine solche Vorausnahme der Ausschlagungsbefugnis kaum gelegen.

---

[85]) **Escher**, Bem. 2 zu Art. 566, Bem. 3 b zu Art. 567.

[86]) **Tuor**, Nr. 1 zu Art. 566.

Welches Interesse kann hingegen der Ausschlagende an einer solchen vorzeitigen Ausschlagung haben? Ein Verzicht vor dem Erbgang geschieht in Vertragsform, also einer bestimmten Gegenpartei gegenüber, von der der Verzichtende eventuell eine Gegenleistung erhält. Ein solcher Verzicht in Vertragsform einem bestimmten Erben gegenüber ist aber sicherlich auch nach dem Erbgang und vor dem Anfall der Erbschaft an den Verzichtenden selbst möglich. Er bindet die Parteien in ihrem internen Verhältnis. Daran hindert Art. 566 nach seiner wörtlichen Fassung den Erbanwärter nicht. Nur hat ein solcher Vertrag nicht die Bedeutung einer Ausschlagung nach Art. 566. Er wirkt lediglich inter partes. Jedenfalls ist der Erbanwärter auch nach dem Erbgang nicht in der Verfolgung seiner Interessen beschränkt, die einen Verzicht erheischen sollten.

Ist dies aber der Fall, und stehen einer vorzeitigen Ausschlagung auch noch Bedenken genannter Art entgegen, so glauben wir einer strikten Auslegung (grammatisch logischen Interpretation) des Art. 566 das Wort reden zu sollen.

Die deutschen Kommentatoren (Leonhard, Planck), die mit dem Anfall der Erbschaft schlechtweg jedem Erben, auch dem bedingten, betagten usw., das Ausschlagungsrecht zusprechen, stehen einer Gesetzesnorm gegenüber, von der sich die des ZGB sicherlich nicht ohne Absicht unterscheidet. Die analoge deutsche Bestimmung lautet: «Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald **der Erbfall** eingetreten ist» (§ 1946 BGB). Es genügt also nach deutschem Recht der Erbfall schlechtweg, während das ZGB den Erben die Befugnis gibt, nur die Erbschaft, die **ihnen zugefallen** ist, auszuschlagen. Diese verschiedene Formulierung kann kein Zufall sein. Darum möchten wir eher einen lapsus in der französischen Übersetzung annehmen.

2. **Ausschlagungsfähigkeit.** Vom Ausschlagungsrecht ist zu unterscheiden die Ausschlagungsfähigkeit. Das erstere steht jedem vorläufigen Erben zu, die letztere nur dem Handlungsfähigen. Der Erbfall und der Erbschaftserwerb vollziehen sich wohl, wie unter § 5 hervorgehoben wurde, ohne Willen des Erben, der Erwerb soll sich aber nicht gegen seinen Willen vollziehen. Invito non datur. Die Korrektur, die Erbausschlagung, besteht daher in einer **Willenshandlung** des vorläufigen Erben.

Die Erbschaftsausschlagung ist eine **Willenserklärung** und zwar eine **einseitige**, weil sie keiner Annahme bedarf. Sie ist

jedoch an einen Adressaten gerichtet, an die «zuständige Behörde» (Art. 570), d. h. an die vom Kanton des letzten Wohnsitzes des Erblassers zu bestimmende Behörde (Art. 551). Eine solche einseitige Willenserklärung bezeichnet man deshalb als **empfangsbedürftig** [87]). Sie ist rechtsgestaltender Natur, weil sie durch einseitigen Willen eine Rechtsänderung herbeiführt. Die Ausschlagung charakterisiert sich dergestalt als ein **rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht** [88]), weil sie den Erbschaftserwerb ex post rückgängig macht [89]).

Die Willenserklärung der Ausschlagung in ihrer rechtsaufhebenden Wirkung stellt sich aber auch zugleich als ein **Verfügungsgeschäft dar** [90]). Sie bedarf also: a) der Handlungsfähigkeit und b) der Verfügungsfähigkeit.

Ad a). Wegen **mangelnder Handlungsfähigkeit** bedürfen Unmündige und Entmündigte, nicht auch Verbeiständete und Verbeiratete, zur Ausschlagung der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Ist dieser nicht ein Elternteil, so muss zu seiner Zustimmung noch die Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde und die Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Art. 422 Ziff. 5) hinzutreten. Bei Interessenkollision (der Vertreter ist Miterbe) wird ein besonderer Beistand zu bestellen sein (Art. 392 Ziff. 2) [91]).

Ad b). Wegen **mangelnder Verfügungsfähigkeit** kann bei Gütergemeinschaft ein Ehegatte, bei Güterverbindung die Ehefrau nicht ohne Einwilligung des andern Teiles die Erbschaft ausschlagen (Art. 204, 218). Grösser als die Gefahr der Ausschlagung ist jedoch die der Annahme, wenn die Erbschaft überschuldet ist. Während der ausschlagende Ehegatte keine Verantwortung auf sich ladet, führt die Nichtausschlagung des ipso jure-Erwerbes möglicherweise den finanziellen Ruin des betreffenden und vielleicht auch des andern Ehegatten nach sich.

Zur Annahme bedarf aber der Ehegatte selbst bei amtlich festgestellter oder offenkundiger Zahlungsunfähigkeit des Erb-

---

87) **v. Tuhr**, S. 145; **Oser**, Komm. S. 13 f.

88) Über Gestaltungsrechte. **Seckel**, Festg. d. Jur. Ges. Berlin 1903, S. 205 ff.; **v. Tuhr**, S. 18 ff.

89) Von einer resolutiven Bedingung des Erwerbes zu sprechen, könnte irreführend sein, da die Rechtssätze über Bedingungen jedenfalls hier nicht anwendbar sind (conditio juris).

90) **v. Tuhr**, S. 171/172.

91) Bezüglich Annahme durch Handlungsunfähige und beschränkt Handlungsfähige vgl. S. 41.

lassers (Art. 566 Abs. II) keiner Zustimmung des andern Teiles. Dieser Teil kann auch nicht von sich aus die Ausschlagung an Stelle des andern erklären und dergestalt die Annahme verhindern. Das Ausschlagungsrecht ist nämlich ein höchstpersönliches Recht [92]); ferner ist der Ehemann nicht gesetzlicher Vertreter der Ehefrau, noch weniger diese Vertreterin des Ehemanns, sondern beide (in verschiedenem Umfang) nur Vertreter der ehelichen Gemeinschaft. Ohne besondere (rechtsgeschäftliche) Ermächtigung kann somit nicht der eine für den andern durch eine Erklärung im Sinne des Art. 570 den Erbschaftserwerb hindern.

Als Ventil erscheint uns das sofortige Begehren der Gütertrennung (Art. 183, 184) seitens des gefährdeten Ehegatten. Viel hilft aber dieses Mittel nicht, weil für die Schulden aus Erbschaften die Ehefrau wie auch der Ehemann mit ihrem ganzen Vermögen haften (Art. 207 Ziff. 4, 220 Ziff. 4) und die Gütertrennung erst nach eingetretener Überschuldung, also schon reichlich spät, gefordert werden kann. Darum verlangt Tuor [93]) wenigstens im Falle des Art. 566 Abs. II zur Annahmeerklärung die Zustimmung des Ehemanns bezw. des andern Ehegatten.

Wir würden die Anrufung des Richters nach Art. 169 vorschlagen, da der nicht ausschlagende Ehegatte bei überschuldeter Erbschaft «durch seine Handlungsweise den andern in . . . Schaden» bringt.

Die Ausschlagung ist wie die Annahme der Erbschaft im Prinzip **unwiderruflich.** Eine Ausnahme statuiert ausdrücklich Art. 196 SchKG, nach welchem ein Erbberechtigter während der konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses, die infolge der Ausschlagung eingeleitet wurde (Art. 573), durch Annahmeerklärung die Einstellung des Konkursverfahrens bewirken kann, sofern er für die Bezahlung der Schulden hinreichende Sicherheit leistet [94]). Literatur und Praxis neigen teilweise zur Ausdehnung dieses Prinzips auf jede Ausschlagung, indem sie einen Widerruf zulassen, da die persönliche Erbenhaftung den Gläubigern nur Vorteil bringt. Man könnte dieser Anschauung folgen, soweit es sich um einen Alleinerben handelt oder der Widerruf von sämtlichen Miterben ausgeht. Ein Widerruf einzelner

---

92) Vgl. **Tuor**, Nr. 6 zu Art. 566, und die dort zit. Literatur.
93) Vgl. **Tuor**, Nr. 6 zu Art. 570, und die dort zit. Literatur.
94) **Tuor**, Nr. 6 zu Art. 570; **Guggenheim**, S. 18.

sollte die durch Ausschlagung erledigte Erbenstellung eines andern nicht mehr einseitig ändern können [95]).

Die Ausschlagung verträgt wie die Annahme weder **Bedingung** noch **Vorbehalt** (Art. 570 Abs. II). In dieser Richtung ist auf die dortigen Bemerkungen zu verweisen.

Doch ist auch hier eine Ausnahme von der Bedingungslosigkeit der Ausschlagungserklärung zu machen: **das Begehren der amtlichen Liquidation** (Art. 593). Die amtliche Liquidation vereinigt in sich die Elemente der Annahme wie der Ausschlagung. Den Gläubigern des Erblassers gegenüber ist sie Ausschlagung (BGE 54 II 416 ff), den Erben gegenüber ist sie bedingte Annahme, insbesondere Annahme unter **Negierung der Gesamtnachfolge** [96]). An ihrer Stelle tritt der Nettoaktivüberrest der Erbschaft, somit eine Singularsukzession. Es ist allerdings keine Singularsukzession im gewöhnlichen Sinne, da nicht Einzelobjekte allein übergehen. Vielmehr geht der Nettoaktivüberrest als Ganzes durch **einen** Erwerbsvorgang, nicht unähnlich dem Gesamterwerb des Erben, auf den Erben über, und sogar ein gesetzlicher Schuldenübergang kann sich damit in gewissen Fällen [97]) verbinden. Jedenfalls tritt aber keine persönliche Haftung des Erben ein, nur eine Sachhaftung.

Wir können daher das Begehren der amtlichen Liquidation als **bedingte Ausschlagung** charakterisieren. Als solche **beendigt** sie, was für uns bei Untersuchung der zeitlichen Stellung des vorläufigen Erben hauptsächlich in Betracht kommt, **das provisorische Stadium** und die vorläufige Stellung des Erben. Mit dem Liquidationsbegehren konsumiert der vorläufige Erbe sein Wahlrecht. Deshalb kann eine nachherige Erbgebarung keine Annahme mehr bedeuten (BGE 54 II 416 ff).

Allerdings ist das Liquidationsbegehren des einen vorläufigen Erben, sobald es nicht auch von den Miterben unterstützt wird, resolutiv bedingt [98]). Es ist nämlich **unteilbar** in dem Sinne, dass sich die Liquidation nur auf das ganze Erbschaftsvermögen beziehen kann. Stellt daher nur einer von mehreren Erben das Gesuch, so mus die Behörde zunächst die Entscheidung aufhalten und die Stellung aller andren Erben abwarten, insbesondere

---

[95]) **Rossel**, II, Nr. 1065; **Wreschner**, JZ 25, S. 150; **Zürcher**, OG in JZ 13, S. 263; **Tuor**, Anh. Nr. 6 zu Art. 570.

[96]) **Tuor**, Vorb. z. IV. Abschn. Nr. 5; **Escher**, Bem. 6 zu Art. 592.

[97]) **Tuor**, Nr. 8 zu Art. 593.

[98]) **Tuor**, Nr. 2 zu Art. 593; **Strebel**, S. 35.

den Ablauf der Fristen der Art. 567 und 576, die für jeden Erben sich individuell berechnen.

Selbst die Annahme eines Erben, dessen Erbenqualität bestritten ist, hat die Abweisung des Gesuches zur Folge. Wird dieser Erbe mit seinen Ansprüchen gerichtlich abgewiesen, so kann im Sinne des Art. 576 dem Erben, dessen Liquidationsgesuch durch die Annahmeerklärung des Miterben abgewiesen wurde, eine neue Frist eingeräumt werden [99]).

Wird das Liquidationsbegehren wegen Annahmeerklärung eines Miterben abgewiesen, so entsteht die Frage, wie sich nunmehr die Stellung des Abgewiesenen gestaltet. Vor allem ist darauf zu sehen, ob die Deliberationsfrist inzwischen abgelaufen ist oder nicht. Ist sie noch nicht abgelaufen, so ist sein Wahlrecht naturgemäss durch die Abweisung nicht konsumiert. Er kehrt somit wieder in die Stellung des vorläufigen Erben zurück und kann als solcher annehmen oder ausschlagen. Spricht er sich bis zum Ablauf der Frist nicht aus, so gilt das Sichverschweigen als vorbehaltlose Annahme, abgesehen von dem bereits behandelten Fall notorischer Insolvenz der Erbschaft (Art 566 Abs. II). Ist das Liquidationsbegehren nach Abschluss des öffentlichen Inventars gestellt und aus genannten Gründen zurückgewiesen worden, so bedeutet das Sichverschweigen Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar (Art. 588 Abs. II) [100]).

Ist die Frist inzwischen (bis zur Abweisung des Liquidationsbegehrens) abgelaufen, so wäre die ungewollte Folge für den Erben, der die Liquidation begehrt hat, vorbehaltlose Annahme, sofern nicht Art. 566 Abs. II oder Art. 588 Abs. II zutrifft. Da er am Verstreichen der Frist keine Schuld trägt, so rechtfertigt sich eine Restitution nach Art. 576, damit er sein Wahlrecht frei ausüben kann [101]).

Nach bewilligter amtlicher Liquidation kann der Alleinerbe oder es können sämtliche Miterben auf den Schutz, den ihnen die Liquidation gewährt, verzichten, da Verzicht auf ein Recht immer möglich ist. Erfolgt ein solcher Verzicht bis zum Schluss des Verfahrens, so ist hiermit die Erbschaft unbedingt angenommen. Stimmen nicht sämtliche Erben dem Verzicht zu, so

---

[99]) Berner RgR 6. XII. 27; JZ 24, S. 312; MBVR 25, Nr. 184.

[100]) **Huber**, Exp. Kom. Prot. 1 und 2, 658; **Gysin**, S. 60; **Escher**, Bem. 3 c zu Art. 588; **Tuor**, Nr. 4 zu Art. 588; a. M. **Curti**, Bem. 9 zu Art. 588.

[101]) Waadt KantG, SchJZ 12, S. 131.

scheint eine Rückgängigmachung unzulässig, da sie den Nichtzustimmenden der Vorteile beraubt, die er durch die Bewilligung der Liquidation bereits erlangt hat[102]).

Das Provisorium kann aber auch dadurch beendet werden, dass ein Gläubiger nach Art. 594 das Liquidationsbegehren stellt. In diesem Falle wird die Liquidation sämtlichen Erben aufgedrängt[103]).

3. **Form der Ausschlagung.** Die Ausschlagung ist ein formelles Rechtsgeschäft. Wohl kann sie nach Belieben mündlich oder schriftlich erklärt werden, allein die Erklärung muss eine ausdrückliche sein, sie hat als Adressaten eine Behörde und wird von derselben protokolliert (Art. 570). Die Protokollierung ist an sich Ordnungs-, nicht Gültigkeitsvorschrift. Sie ist vorzunehmen, auch wenn sie verspätet ist, da die Einhaltung der Frist nicht von Amts wegen zu untersuchen ist. Hingegen glauben wir, dass eine bedingte oder mit Vorbehalt erklärte Ausschlagung nicht entgegengenommen und protokolliert zu werden braucht, da man einer Behörde nicht zumuten kann, eine gegen das Gesetz (Art. 570 Abs. II) verstossende Erklärung zu protokollieren.

4. **Anfechtung.** Die Ausschlagung kann, wie die Annahme, durch den Ausschlagenden wegen Willensmängel angefochten werden (Art. 23 ff. OR). Durch eine erfolgreiche Anfechtung seiner Erklärung kehrt der Ausschlagende in die Lage zurück, in der er vor der Ausschlagung sich befunden hat. Gemäss Art. 27-29 OR wird die Willenserklärung unverbindlich. Die Folge ist demgemäss eine in integrum restitutio und nicht wie nach § 1957 BGB Annahme. Daraus folgt, dass eine neuerliche Erklärung im Sinne der Ausschlagung möglich ist, zu welchem Zweck die Behörde gemäss Art. 576 ZGB eine Fristverlängerung bzw. eine neue Frist gewähren dürfte[104]).

Von der Erörterung der Anfechtung einer Ausschlagung durch die **Gläubiger** des **Erben** (Art. 578) kann hier abgesehen werden, da durch diese Anfechtung der hier in Betracht kommende Erfolg der Ausschlagung, die Beendigung des Provisoriums, nicht rückgängig gemacht wird. Auch wenn die Anfech-

---

[102]) Bezirksamt St. Gallen JZ 25, S. 45; **Tuor,** Anh. Nr. 3 zu Art. 593; unentschieden BGE 52, II, 198.

[103]) **Tuor,** Nr. 17 Vorb. IV. Abschn. und Nr. 12 zu Art. 594.

[104]) **Rossel** und **Mentha,** S. 622; **Guggenheim,** S. 20; a. M. **Stooss,** S. 98.

tungsklage erfolgreich ist, gelangt der Nachlass zur amtlichen Liquidation (Art. 578 Abs. II), die die Stellung des vorläufigen Erben gleichfalls beendet.

§ 9. Verlust der Ausschlagungsbefugnis.

Die Ausschlagungsbefugnis geht verloren durch Fristverstreichung sowie durch Verwirkung infolge illoyalen Verhaltens (Art. 571).

1. Versäumnis. Die **Fristverstreichung** ist nicht Annahme [105]), ist überhaupt kein Rechtsgeschäft. Sie tritt mit Ablauf der durch das Gesetz (Art. 567) oder die Behörde (Art. 576) gesetzten Befristung automatisch ein, soweit nicht vom Ausschlagungsrecht Gebrauch gemacht wurde. Es bedarf dazu keiner Urteilsfähigkeit des vorläufigen Erben, geschweige denn der Handlungsfähigkeit. Es ist gleichgültig, ob der Erbe einen gesetzlichen Vertreter hat oder nicht. Ist ein solcher vorhanden, so ist seine Mitwirkung zum Erwerb durch Fristablauf nicht erforderlich [106]).

Dem Handlungsunfähigen geschieht dadurch kein Unrecht. Die Deliberationsfrist kann nämlich nicht beginnen, bevor — wie oben unter § 5 ausgeführt wurde — der gesetzliche Vertreter Kenntnis vom Erbfall und der Berufung erlangt. Lässt aber der gesetzliche Vertreter die Frist aus Verschulden verstreichen, dann macht er sich dem Erben gegenüber verantwortlich. Aber auch dann, wenn diese Verantwortlichkeit nicht zur Schadensbewahrung genügen sollte, bleibt noch immer das Mittel der Fristerstreckung nach Art. 576.

Es liegt somit kein Grund vor, dem Charakter der Frist des Art. 567 entgegen rechtsgeschäftliche Wirkungen anzunehmen. Art. 576 gleicht die Härten der Präklusion vollkommen aus, indem er sowohl den gesetzlichen als auch den eingesetzten Erben aus wichtigen Gründen nicht nur eine Fristverlängerung, sondern auch die Neuansetzung einer bereits verstrichenen Frist ermöglicht. Als wichtiger Grund dürfte sicherlich die Benachteiligung eines Handlungsunfähigen durch die Fristverstreichung angesehen werden, wenn dieser nicht in der Lage war, durch rechtzeitige Ausschlagung seine Rechte zu wahren.

---

105) **Kipp**, S. 161; **Tuor**, Anh. Nr. 7 zu Art. 570

106) A. M. **Müller** in ZbJV 64, S. 107 ff.

Liegt ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters vor, und kann sich der Bevormundete durch Rückgriff gegen den Vertreter schadlos halten, so ist es nur billig, dass die Interessen der Gläubiger denjenigen des gesetzlichen Vertreters vorgehen. Eine Fristerstreckung dürfte daher in diesem Falle nicht am Platze sein.

Eine andere Folge hat die **Fristverstreichung nach der Aufnahme eines öffentlichen Inventars.** Nach Abschluss des Inventars wird jeder Erbe von der Inventarbehörde aufgefordert, sich binnen Monatsfrist über den Erwerb der Erbschaft zu erklären (Art. 587). Gibt er keine Erklärung ab, so hat er die Erbschaft unter öffentlichem Inventar angenommen (Art. 588 Abs. II). Fristverstreichung bedeutet also in diesem Falle nicht vorbehaltlose Annahme, wie nach Art. 571, sondern beschränkte Annahme. Im übrigen sind aber Charakter und Wirkung der Frist die gleichen wie nach Art. 567 Abs. I. Insbesondere ist auch hier eine Erstreckung, wenn auch nicht eine Neuansetzung der Frist, vorgesehen (Art. 588 Abs. 2).

2. **Verwirkung.** Der Erbe verwirkt die Ausschlagungsbefugnis durch **Aneignung** oder **Verheimlichung** von Erbschaftssachen (Art. 571 Abs. II). Scharf auseinander gehalten sind im Gegensatz zum ZGB die Verwirkungsfälle als Straffolge im franz. Cc (Art. 792): recel oder divertissement. Die Strafe besteht in der acceptation forcée und auserdem im Verlust der betreffenden Vermögenswerte (« perte par le receleur de toute part sur l'objet recelé ») [107]).

Diese Bestimmung bezweckt in erster Linie den Schutz der **Gläubiger** und Vermächtnisnehmer, doch nicht weniger auch den Schutz der **Miterben,** die durch Verminderung der Erbschaft und Ausschlagung seitens eines Miterben belastet werden. Doch kommt es auf die Verwirklichung dieser Absicht nicht an. Mit Rücksicht auf diesen Zweck der Bestimmung kann auch der Alleinerbe von ihr betroffen werden [108]).

Von **Aneignung** kann eigentlich nur bei einer Erbenmehrheit die Rede sein, bei welcher dem Einzelnen kein Sondereigentum an Erbschaftssachen zusteht. Aber, da es nicht auf einen strafrechtlichen Tatbestand ankommt, lässt sich auch beim Alleinerben von Aneignung sprechen im Sinne der Ent-

---

[107]) **Baudry-L.,** S. 459, Nr. 1787.
[108]) Anders im franz. Recht: **Baudry-L.,** II, S. 456.

ziehung von Objekten, auf die die Vermächtnisnehmer einen direkten wenn auch keinen dinglichen Anspruch und die Gläubiger einen Haftungsanspruch haben.

Die **Verheimlichung** wird sich oft als Vorbereitungshandlung zur Aneignung darstellen, genügt aber schon für sich zur Erfüllung des Tatbestandes des recel.

Unter **Erbschaftssachen** sind auch unkörperliche Sachen (Forderungen und Rechte) zu verstehen. Dagegen dürften ganz geringfügige Sachen nicht in Betracht kommen [109]). Selbst zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommene Beseitigungshandlungen an Erbschaftssachen, d. h. für den Nachlass bestimmten Sachen, werden in der Literatur dem recel des Art. 571 Abs. II unterstellt, wenn sie sich nicht nur gegen den Erblasser allein richten [110]).

Eine bereits erfolgte Ausschlagung wird jedenfalls durch recel nicht mehr rückgängig gemacht.

3. Ergebnis.

§ 10. Zusammenfassung der rechtlichen Momente.

Wir sind bei der Betrachtung der zeitlichen Stellung des vorläufigen Erben zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Die Stellung des vorläufigen Erben **beginnt mit der Erbenstellung** überhaupt (Art. 566 Abs. I), doch kommt eine Reihe von Bestimmungen erst vom Augenblick des **Beginns der Überlegungsfrist** in Betracht. Diese beginnt erst zu laufen, wenn der Erbe bzw. sein gesetzlicher Vertreter sich zweier Momente bewusst wird, des Erbfalles und seiner eigenen Berufung. Beim eingesetzten (im Gegensatz zum gesetzlichen) Erben ist der Augenblick des Zugehens der amtlichen Mitteilung entscheidend (Art. 567 Abs. II). Doch ist der Vertragserbe in bezug auf den Ausgangspunkt der Frist dem gesetzlichen gleichzustellen (entgegen dem Wortlaut des Art. 567 Abs. II). Ist ein Inventar als Sicherungsmassnahme aufgenommen worden, so beginnt die Ueberlegungsfrist für **alle** Erben mit dem Zugehen der behördlichen Mitteilung vom Abschluss des Inventars.

---

109) **Curti**, Bem. 13 zu Art. 571; **Tuor**, Bem. 7; **Rossel**, I, S. 623.

110) **Zachariæ-Crome**, IV, S. 92, 98; **Escher**, Bem. 4; **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 571.

Die Stellung des vorläufigen Erben ist **beendet mit der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft.** Die Annahme kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Die Ausschlagung erfolgt durch ausdrückliche Erklärung, solange das Ausschlagungsrecht nicht versäumt oder verwirkt ist.

Eine **ausdrückliche Annahme** wird nur bei Sukzessivberufung (Art. 574, 575) und bei notorisch überschuldeter Erbschaft (Art. 566) **gefordert.** Bei der Sukzessivberufung des überlebenden Ehegatten haben wir es mit einem vorläufigen Erben zu tun, hingegen fehlt bei der Berufung nachfolgender Erben (Art. 575) der ipso jure-Erwerb, somit auch eine Interimserbenstellung. Bei überschuldeter Erbschaft wird der Berufene vorläufiger Erbe, doch gilt sein Stillschweigen bis zum Ablauf der Ueberlegungsfrist als Ausschlagung.

In allen andern als den genannten Fällen **kann** eine ausdrückliche Annahme geschehen (Arg. aus Art. 588). Sie bedeutet einen Verzicht auf das Ausschlagungsrecht und ist eine **formlose, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.** Sie ist **unwiderruflich,** kann aber wegen Willensmängel angefochten werden, allerdings als einseitige Erklärung nicht wegen Grundlagenirrtum. Sie ist **bedingungsfeindlich** mit Ausnahme der Annahme unter öffentlichem Inventar (Art. 588). Diese bedingte Annahme ist **unteilbar.** Wird sie von einem Miterben erklärt, so gilt sie für alle (Art. 580 Abs. III).

Eine **partielle** Annahme ist nicht nur bei Berufung aus mehreren Berufungsgründen oder zu mehreren Erbteilen, sondern auch in allen andern Fällen zulässig, da keine diesbezügliche Beschränkung besteht und die Rechtslage dadurch nicht verdunkelt wird.

Als Willenserklärung bedarf die Annahme der Handlungsfähigkeit, doch ist sie **keine Verfügungshandlung**, kann also von der Ehegattin bei Güterverbindung, bzw. von jedem Ehegatten bei Gütergemeinschaft ohne Zustimmung des andern abgegeben werden.

Als **stillschweigende Annahme** gelten: Der Ablauf der Überlegungsfrist, die Einmischung in die Erbschaft und Beseitigungshandlungen (Art. 571). Der Fristablauf ist eine Versäumnis der Ausschlagung durch Unterlassung der Erklärung; die Einmischung ist eine Willenserklärung durch konkludentes Verhalten. Sie verlangt als solche Handlungsfähigkeit, nicht nur Urteilsfähigkeit, und kann durch ausdrücklichen Vorbehalt den

Schluss auf den Annahmewillen beseitigen, insoweit nicht die protestatio facto contraria ist. Beseitigungshandlungen (Aneignung oder Verheimlichung von Erbschaftssachen) ziehen eine Verwirkung des Ausschlagungsrechtes nach sich als Folge, die sich an ein rechtlich missbilligtes Verhalten (Zivildelikt) knüpft.

Nicht zu billigen ist demnach die Anschauung des Bundesgerichts (BGE 54 II 416), wonach nur auf den objektiven Tatbestand der Handlung abzustellen und nicht auch der Wille zu beachten sei, da beschränkt Handlungsfähige, soweit sie nur urteilsfähig sind, danach Einmischungshandlungen mit Annahmewirkung begehen können.

Die **Ausschlagung** ist ein Rechtsgeschäft, bestimmt, den kraft Gesetzes eintretenden Erbschaftserwerb rückgängig zu machen. Da die Ausschlagung eine Rechtsänderung, insbesondere eine Rechtsaufhebung bewirkt, ist sie unter die **rechtsaufhebenden Gestaltungsrechte** einzureihen. Das Rechtsgeschäft kann nur vorgenommen werden, wenn die Erbschaft wirklich angefallen ist (also nicht der bedingt oder unter Befristung Berufene, der Ersatz- oder Nacherbe).

Wie die Annahme ist auch die Ausschlagung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, aber sie stellt sich als **Verfügungsgeschäft** dar, darf also bei Gütergemeinschaft durch einen Ehegatten, bei Güterverbindung durch die Ehegattin nicht ohne Zustimmung des andren Teiles vorgenommen werden (Art. 204, 218). Sie ist ferner ein **formelles Geschäft**; die Erklärung muss an die zuständige Behörde gerichtet werden (Art. 570).

Mit der Annahme teilt sie die Unwiderruflichkeit und Bedingungsfeindlichkeit. Doch sind in beiden Richtungen Ausnahmen zu vermerken. Art. 196 SchKG lässt während der konkursamtlichen Liquidation infolge Ausschlagung (Art. 573) eine **nachträgliche Annahmeerklärung** zu, die zur Einstellung des Konkursverfahrens führt, sofern der Annehmende für die Bezahlung der Schulden hinreichende Sicherheit leistet. Eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf jede Ausschlagung ist im Gläubigerinteresse zuzulassen, soweit es sich um einen Alleinerben handelt oder der Widerruf von sämtlichen Erben ausgeht.

Eine Ausnahme von der Unbedingtheit der Ausschlagung bildet das **Begehren der amtlichen Liquidation** (Art. 593), das sich als eine Negierung der Gesamtnachfolge darstellt. Die Liquidation beendet das Provisorium. Doch ist das Liquidations-

begehren unteilbar. Es wird abgewiesen, wenn einer von mehreren Erben es stellt und die andern es nicht unterstützen. Dem Antragsteller, der inzwischen die Ausschlagung versäumt, hilft Art. 576 (Fristerstreckung), dessen Anwendung in diesem Falle billig ist.

Das **Ausschlagungsrecht geht verloren** durch Versäumnis der Ausschlagungsfrist (Art. 567, 576) oder durch Verwirkung (Art. 571 Abs. II). Die Fristversäumnis ist kein Rechtsgeschäft. Es kommt also nicht auf Handlungs-, nicht einmal auf Urteilsfähigkeit des vorläufigen Erben an. Doch beginnt die Frist nicht zu laufen, bevor der gesetzliche Vertreter des bevormundeten Erben vom Erbanfall und der Berufung Kenntnis erlangt. Lässt er die Frist aus Verschulden verstreichen, so ist die Verantwortungsklage zulässig, und wenn dies nicht genügt, ist auch noch eine Fristerstreckung möglich (Art. 576).

Die als Strafe gedachte Verwirkung des Ausschlagungsrechts durch Beseitigungshandlungen bezweckt in erster Linie den Schutz der Gläubiger. Darum trifft sie auch den Alleinerben. In zweiter Linie bezweckt sie den Schutz der Miterben. Die Beseitigungshandlung kann sachlich auch an unkörperlichen Erbschaftsobjekten und zeitlich sogar schon zu Lebzeiten des Erblassers begangen werden.

DRITTES KAPITEL.

Die Einflussnahme des vorläufigen Erben auf die Erbschaftsangelegenheiten.

1. Allgemeines.

§ 11. Rechtsnatur der Verwaltungs- und Verfügungsmacht des vorläufigen Erben.

Da der Erbe die Erbschaft mit dem Anfall erwirbt, so erlangt er von diesem Zeitpunkt an Erbenstellung und somit auch die Verfügungsmacht über die Erbschaft. Wie jedoch seine Erbenstellung provisorischer Natur ist, solange noch eine Ausschlagungsmöglichkeit besteht, kann auch seine Verfügungsmacht keine unbeschränkte sein. Den Rahmen, in welchem sich der vorläufige Erbe an der Erbschaft betätigen kann, ohne sein Ausschlagungsrecht einzubüssen, bezeichnet Art. 571 indirekt durch « blosse Verwaltung der Erbschaft » und Fortführung « der Geschäfte des Erblassers ».

Somit weist das schweizerische Gesetz dem vorläufigen Erben die ziemlich umfassende Stellung eines **Verwalters** und **Geschäftsführers** der **Erbschaft** zu. Sie ist weitgehender als die Stellung des vorläufigen Erben nach deutschem Recht, das in § 1959 Abs. 2 BGB den Rahmen enger zieht im Hinblick auf die intensivere Mitwirkung der Behörde (Nachlasspflegschaft). Sie geht aber auch über den französischen Code civil (Art. 779) hinaus, der nur von « les actes purement conservatoires de surveillance et d'administration provisoire » spricht.

Um so spürbarer ist angesichts dessen die Knappheit der Bestimmungen. Auch im Verlaufe der Gesetzesberatungen hat man sich mit der Tätigkeit des vorläufigen Erben nicht befasst, noch die Rechtsnatur seiner Stellung zur Sprache gebracht, trotzdem sein Tätigkeitskreis ein ziemlich umfassender ist und es im Falle der Ausschlagung zu einer Auseinandersetzung zwischen dem vorläufigen und dem definitiven Erben resp. den Gläubigern kommen muss.

Bei der Prüfung der Frage, welche rechtliche Stellung dem vorläufigen Erben als Verwalter und Geschäftsführer der Erbschaft zukommt, drängt sich zunächst der Gedanke an die Analogie mit dem Erbschaftsverwalter und dem Willensvollstrecker auf. Doch diese Analogie versagt. Sowohl Erbschaftsverwalter als auch Willensvollstrecker handeln auf Grund eines **Auftrages**, soweit nicht die zuständige Behörde selbst die Erbschaftsverwaltung in die Hand nimmt (Art. 517, 595). Im letzteren Falle liegt überhaupt kein Verhältnis des Privatrechts vor.

Da somit diese sonst naheliegende Analogie versagt, bleibt nur noch diejenige eines **Geschäftsführers ohne Auftrag** übrig. Hier kann nur von einer Analogie und nicht von einer wirklichen Geschäftsführung ohne Auftrag die Rede sein. Denn die ganze Struktur des Verhältnisses weicht nicht unwesentlich von der negotiorum gestio ab.

Zum Begriff der gestio gehört, dass das Geschäft für einen andern besorgt wird, ohne dass ein Recht zur Geschäftsführung diesem andern gegenüber besteht[111]). Diese Voraussetzung trifft nicht ganz zu, da der vorläufige Erbe zwar keine Pflicht, aber ein **Recht** zur Geschäftsführung besitzt, und zwar kraft seiner Erbenstellung. Insbesondere hat er dieses Recht zum Handeln nicht gegenüber dem Nächstberufenen, da vorläufiger und definitiver Erbe grundsätzlich in keinem Verhältnis zueinander stehen. Er handelt somit nicht wie ein gestor ohne Rechtsgrund, sondern kraft seiner Erbenstellung.

Es kann sogar von einer **Rechtspflicht** gesprochen werden in jenen Fällen, wo der provisorische Erbe im Haushalt des Erblassers lebt und durch Unterlassungen (z. B. Nichtverschliessen des Hauses, der Behälter usw.) unwiederbringlichen Schaden anrichten würde. Wenigstens kann von ihm die sofortige Mitteilung an die Erbschaftsbehörde zwecks Ergreifung der nötigen Sicherheitsmassnahmen gefordert werden.

Weitere Voraussetzung der gestio ist ein objektiv und subjektiv fremdes Geschäft. Objektiv wird das Geschäft zu demjenigen des Nächstberufenen erst durch die Ausschlagung, die rückwirkende Kraft hat. Bis zur Ausschlagung ist der Fremdcharakter des Geschäftes nicht gegeben. Im Gegenteil! Die Geschäfte betreffen ein dem Erben zu Eigentum zugefallenes

---

111) **Binder**, S. 149; **Planck**, Bem. 2 zu § 1959 BGB.

Vermögen. Darin liegt eine wichtige Abweichung von der gestio [112]).

Subjektiv wird zur gestio das Bewusstsein verlangt, ein fremdes Geschäft zu führen. Auch dieses Bewusstsein wird beim vorläufigen Erben nicht immer vorhanden sein, besonders solange er sich über Annahme oder Ausschlagung noch nicht im klaren ist. Bestenfalls kann nur von einem eventuellen Willen, für den Nachberufenen zu handeln, die Rede sein.

Es könnte somit höchstens von einer sog. **unechten Geschäftsführung** [113]) gesprochen werden, die nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde oder wenigstens nicht mit Rücksicht auf dieses Interesse allein (Art. 423).

Art. 420 Abs. III kann nie zutreffen, da der Nachberufene bis zur Ausschlagung seitens des vorläufigen Erben keine Ansprüche auf den Nachlass hat und somit dem Erstberufenen nichts verbieten kann.

Aus diesen Betrachtungen erhellt zur Genüge, dass die Bestimmungen über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** nicht direkt, sondern nur **sinngemäss** auf die Stellung des vorläufigen Erben zur Anwendung gebracht werden können. Bevor wir auf die Anwendung dieser Bestimmungen eingehen (§ 19), soll jedoch zuächst der Tätigkeitskreis des vorläufigen Erben näher betrachtet werden.

2. Die Verwaltung der Erbschaft und die Fortführung der Geschäfte.

§ 12. Begriff und Umfang der Verwaltungstätigkeit.

Unter « blosse Verwaltung » (simple administration) ist das gleiche zu verstehen wie unter « gewöhnliche » Verwaltung, ein Ausdruck, der z. B. in Art. 202 gebraucht ist und im französischen Text dort gleichfalls « simple administration », im italienischen « ordinaria administrazione » lautet (vgl. auch Entw. I und II: « ordentliche Verwaltung »).

Damit ist der Gegensatz zu ausserordentlichen Verwaltungsakten gegeben, zu denen der vorläufige Erbe nicht mehr befugt ist, wenn er sein Ausschlagungsrecht wahren will.

---

[112]) Kaum richtig **Binder**, S. 149, und ihm folgend **Guggenheim**, S. 46, die das Geschäft objektiv als ein fremdes betrachten.

[113]) **Oser**, Bem. 2 b β zu Art. 419; **Becker**, Nr. 1 zu Art. 423.

Die gewöhnliche oder ordentliche Verwaltung muss ihre inhaltliche Umschreibung je nach der Eigenart des verwalteten Vermögens erhalten. Doch besteht sie durchwegs in der **Besorgung der laufenden Geschäfte** [114]). Schon diese nähere Umschreibung besagt, dass eine scharfe Trennung zwischen den vom Gesetz genannten zwei Kategorien: Verwaltung und Fortführung (« Fortgang ») der Geschäfte, nicht gut möglich, aber auch nicht notwendig ist. Auch die Verwaltung ist Geschäftsbesorgung, auch die Vornahme der zum Fortgang der Geschäfte des Erblassers geforderten Handlungen ist Verwaltung.

Die Sonderstellung des zur Erbschaft Berufenen legt es nahe, den Begriff der Verwaltungshandlung nicht allzu enge zu ziehen (BGE 54 II 416).

Was im einzelnen zur Besorgung der laufenden Geschäfte gehört, ist Tatfrage und daher letzten Endes vom Richter unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Rein äusserlich kann sich eine Handlung als gewöhnliche Verwaltungshandlung darstellen, während sie im Zusammenhang mit allen begleitenden Umständen eine Erbgebarung enthält, wogegen umgekehrt eine Handlung, die an sich ausserhalb des Rahmens einer laufenden Verwaltung steht, in den Zusammenhang des ganzen Tatsachenkomplexes hineingebracht, sich doch als verwaltender Natur erweisen kann. Es kommt übrigens mehr auf das **Gebaren dem Verkehr gegenüber** an, somit darauf, wie die Handlung objektiv nach aussen sich darstellt, als wie sie subjektiv vom Erben gedacht wird. Andrerseits darf aber der **objektive Massstab nicht zu streng** angelegt werden, da es dem Erben auch um die Wahrnehmung seiner Interessen geht für den Fall, dass er sich zur Annahme entschliessen sollte, und es ihm gestattet sein muss, dafür zu sorgen, ohne sich zu präjudizieren.

Es ist darum nicht leicht und auch nicht ungefährlich, einen Katalog von Handlungen aufzustellen, die als Verwaltungshandlungen gelten sollen, und solcher, die über den Rahmen einer ordentlichen Verwaltung hinausgehen. Nichtsdestoweniger sind solche Versuche beachtenswert, da sie geeignet sind, in die ganze Fülle und Tiefe des Problems besser als durch blosse Masstäbe und Abstraktionen einzuführen. Man muss sich aber stets vor Augen halten, dass es sich um aus dem Zusammenhange herausgerissene Einzeltatsachen handelt, die, in

---

[114]) **Oser**, Bem. 2 a zu Art. 202; **Tuor**, Nr. 12 zu Art. 571 (laufende Bedürfnisse); **Mentha**, I, S. 622 (administration courante).

einen Gesamtkomplex hineingestellt, ihren Charakter ändern können.

In diesem Sinne ist der Versuch im **Tuor**schen Kommentar zu Art. 571 zu begrüssen. An Hand desselben, der übrigen Literatur und der Judikatur soll hier eine kurze Zusammenstellung versucht werden, die keineswegs den Anspruch auf eine erschöpfende Aufzählung erhebt. Sie will lediglich eine gewisse Illustration zum Begriff « laufende Verwaltung » und « Fortführung der Geschäfte » sein.

a) Unaufschiebbare Handlungen.

Zu den Handlungen der laufenden Verwaltung und Geschäftsfortführung gehören in erster Linie die unaufschiebbaren Handlungen, deren Unterlassung der Erbschaft eine Vermögensminderung verursachen würde.

Dazu gehören dringende Ausbesserungen, Unterhaltung der Gebäude, des lebenden und toten Inventars eines landwirtschaftlichen Gutes, Besorgung der Felder und aller laufenden bäuerlichen Arbeiten (auf Wiesen, Rebgeländen, im Walde, in Hof und Stallungen), Besorgung des offenen Ladens, des Bureaus, der Korrespondenzen, Einstellung, Entlassung und Ersetzung von Angestellten, Weiterführung begonnener baulicher Vorrichtungen.

Des weiteren gehören hierher der Einzug verfallener und liquider Forderungen [115]), insbesondere von Wechseln und Schecks, von Miet- und Pachtzinsen, periodischen Leistungen (Zinsen und Annuitäten) und solchen, deren Zinsenlauf aufhört oder die wegen zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder durch Verjährung sonst verloren gehen könnten [116]). Ferner gehören hierher dringende Veräusserungen von Wertpapieren oder Fahrnis bei drohender Entwertung, selbst Veräusserungen zur Beschaffung der für die Verwaltung unentbehrlichen Gelder. Der gleiche Grund trifft zu bei Fortführung einer Betreibung, Vornahme eines Arrestes, Beendigung einer begonnenen Liquidation, Abschluss eines im Gange befindlichen Nachlassvertrages.

---

[115]) **Escher,** Bem. 2 zu Art. 571, geht wohl zu weit, wenn er Einziehung von Erbschaftsforderungen als stillschweigende Annahme behandelt, doch nimmt er Annahme fälliger Zinsen aus.

[116]) Vgl. § 19 hernach.

b) Vorsorgliche Handlungen.

Zu diesen gehören: Errichtung eines Inventars, Annahme von Zahlungen, Anlage eingehender Kapitalien in üblicher Weise, z. B. bei einer Bank, Unterbrechung der Verjährung, Klageerhebung zur Vermeidung der Verwirkungsfrist, Erwirkung eines Verbotes, einer einstweiligen Verfügung, Erhebung der Mängelrüge, Fristansetzungen gemäss Art. 102 oder 107 OR, Kündigung von Dienst- und Mietverträgen (Praxis Bd. 18 Nr. 29).

c) Sonstige Verfügungshandlungen.

Verfügungen, die weder unaufschiebbar noch vorsorglicher Natur sind, gehören zur laufenden Verwaltung nur insoweit, als bei deren Unterlassung die ordentliche Bewirtschaftung oder der Fortgang der Geschäfte des Erblassers gehemmt würden. Als Beispiele solcher Verfügungshandlungen können gelten: die Nachbestellung laufend gehandelter Waren für einen offenen Laden oder einen Grossversand, von Rohmaterialien, Halbfabrikaten, Heizmaterialien für einen industriellen Betrieb u. dgl.

Hingegen ist es zweifelhaft, ob blosser **Umtausch** von **Werten**, z. B. Kündigung von Forderungen zwecks vorteilhafterer Anlage, Verkäufe zur Konjunkturausnutzung, unter den Begriff der ordentlichen Verwaltung und Geschäftsfortführung fallen [117]). Da es sich bei Unterlassung nur um lucrum cessans, nicht um damnum emergens handelt und die Verwaltung durch solche Unterlassungen nicht gehemmt wird, möchten wir dagegen stimmen, sofern nicht besondere Umstände im einzelnen Falle die Transaktion als eine wichtige Interessenwahrnehmung erscheinen lassen. Jedenfalls wird es sich empfehlen, mit derartigen Geschäften einen ausdrücklichen Vorbehalt zu verknüpfen, dass sie nicht im eigenen Interesse als Erbgebarung vorgenommen werden.

Verkauf von **überflüssigen Möbeln** und **Installationen** des Erblassers im Zusammenhang mit der Kündigung der von ihm gemieteten Wohnung unter Begleichung des Mietzinses compensando mit einem Teile des Verkaufserlöses hat das Bundesgericht im genannten Entscheid (Prax. 18 Nr. 29) als Verwaltungshandlung gewertet.

---

[117]) Dafür **Tuor**, Nr. 13 zu Art. 571, und JZ 13, 93 Nr. 72; dagegen **Guggenheim**, S. 37, und Aufsichtsb. über d. Erbschaftsamt Basel-Stadt vom 11. März 1919, Nr. 2.

Bezahlung von **Schulden** des **Erblassers** ist eine Verwaltungshandlung, soweit es sich um fällige und liquide Schulden handelt und durch die Zahlung Nachteile vermieden werden. Gemäss Art. 59 SchKG ist zwar dem Erben während der Überlegungsfrist Rechtsstillstand gewährt, so dass weder eine gegen den Erblasser zu seinen Lebzeiten angehobene Betreibung gegen den Erben fortgesetzt, noch eine Betreibung wegen Erbschaftsschulden in dieser Frist gegen ihn neu angehoben werden kann [118]). Die Gewährung des Rechtsstillstandes hat zur Folge, dass der Erbe während der Überlegungsfrist nicht in Verzug gesetzt werden kann und somit auch die nachteiligen Folgen desselben, insbesondere die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen, nicht eintreten [119]).

Nichtsdestoweniger hat **Guggenheim** [120]) in ihrer Polemik gegen Tuor Unrecht, wenn sie behauptet, dass Tuor, der die Zahlung fälliger, liquider Schulden zulässt, « insbesondere zur Vermeidung von Verzugszinsen, Betreibungskosten, Unannehmlichkeiten », den Art. 59 SchKG übersehen zu haben scheint.

Art. 59 SchKG gewährt nur dem Erben persönlich, **nicht** der **Erbschaft**, Rechtsstillstand. Gegen die **Erbmasse** als besonderes Betreibungssubjekt kann eine schon zu Lebzeiten des Erblassers gegen diesen selbst angehobene Betreibung fortgesetzt werden (Art. 59 Abs. II SchKG). Hier besteht lediglich ein Rechtsstillstand von fünf Tagen, d. h. Betreibungshandlungen gegenüber der Erbmasse können jedenfalls nicht vor Ablauf dieser Frist seit dem Todestag vorgenommen werden [121]).

Demgemäss kann zwar nicht der vorläufige Erbe, wohl aber die Erbschaft betrieben werden, sofern die Betreibung bei Lebzeiten des Erblassers bereits gegen denselben eingeleitet war. Es liegt daher auf der Hand, dass der vorläufige Erbe eine solche Schuld begleichen darf, da er dadurch Verzugszinsen, Betreibungskosten und Versteigerungen von Erbschaftswerten hintanhält. Die Bezahlung gehört sogar in solchen Fällen zu den dringlichen Verwaltungshandlungen. Allerdings ist diese Auslegung des Art. 59 Abs. II nicht unbestritten [122]).

---

118) **Blumenstein**, S. 211.

119) **Jäger**, Anm. 4 zu Art. 49 SchKG.

120) **Guggenheim**, S. 36.

121) **Blumenstein**, S. 209.

122) **Jäger**, Bem. zu Art. 59 Abs. II SchKG, interpretiert diesen Absatz so, dass auch gegen die Erbschaft eine Betreibung erst nach Ablauf der Überlegungsfrist zulässig sei. Ebenso **Strebel**, S. 7.

Unzweifelhaft kann aber **gegen** den **vorläufigen Erben selbst** eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreibung fortgesetzt werden, was Guggenheim jedenfalls übersieht, wenn es sich um eine Betreibung auf Pfandverwertung handelt oder wenn in einer Betreibung auf Pfändung die in Art. 111 SchKG angegebenen Fristen bereits abgelaufen sind (Art. 59 Abs. III SchKG) [123]). In diesem Falle kann man dem vorläufigen Erben noch weniger zumuten, die Betreibung weiterlaufen zu lassen und die Zwangsversteigerung von Liegenschaften usw. zu dulden.

Schliesslich bezieht sich Art. 59 SchKG auf Erbschaftsschulden, nicht aber auf Erbgangsschulden (vgl. § 17 hierunter).

Es bleibt somit lediglich ein Fall übrig, in welchem die Zahlung fälliger, liquider Schulden nicht als Ausfluss der ordentlichen Verwaltung betrachtet werden kann, und zwar soweit es sich um Schulden handelt, die nicht bereits zu Lebzeiten des Erblassers in Betreibung gesetzt worden sind. In Bezug auf diese geniesst nämlich sowohl der vorläufige Erbe als auch die Erbschaft während der Ueberlegungsfrist Rechtsstillstand, so dass weder Verzugszinsen laufen, noch Betreibungshandlungen drohen.

Nichtsdestoweniger erscheint auch bei solchen Schulden eine Zahlung durch den vorläufigen Erben nicht unbedingt als Erbschaftsannahme, wenn zur Zahlung besondere Gründe vorhanden waren, z. B. laufende hohe Vertragszinsen. Der Erbe tut aber wohl, im Falle einer Zahlung sich ausdrücklich gegen die Auslegung derselben als Erbschaftsannahme zu verwahren.

Die **Bezahlung** der **Kosten** des **öffentlichen Inventars** bedeutet keine Erbschaftsannahme, da der Erbe für diese Kosten in jedem Falle aufkommen muss, falls die Erbschaft dazu nicht ausreicht, somit auch im Falle der Ausschlagung wegen Überschuldung.

Die **Bezahlung** der **Begräbniskosten** ist an sich keine Verwaltungshandlung, da der vorläufige Erbe oder die Erbschaft dafür während der Überlegungsfrist nicht betrieben werden können, wohl aber kann die Bezahlung dieser Schuld ein Akt der Pietät sein, was gleichfalls keinen Schluss auf eine Erbschaftsannahme zulässt [124]). Im übrigen treffen die Beerdigungskosten nicht den Erben als solchen. Sie sind aus der **Erbschaft** zu zahlen, soweit sie notwendig oder angemessen sind. Bei Un-

[123]) **Blumenstein**, S. 156.
[124]) **Staudinger**, zu § 1943, S. 87; **Escher**, Bem. 3 zu Art. 571.

zulänglichkeit gehen diese Kosten zu Lasten der Alimentations- und Unterstützungspflichtigen. Den vorläufigen Erben, der die Beerdigung anordnet, treffen die Kosten persönlich, insoweit sie das Mass des Notwendigen oder Angemessenen (nach ortsüblichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Erblassers oder seiner Angehörigen) überschreiten [125]).

Die **Bezahlung geringfügiger Beträge** kann immer als Verwaltungshandlung gewertet werden, und man ist sich darüber in der Literatur einig, dass darin keine Erbschaftsannahme mit all ihren oft schwerwiegenden Folgen erblickt werde [126]). Man steht nicht mehr auf dem Standpunkt der älteren französischen Judikatur, die eine Coiffeurstochter zur Zahlung der Erbschaftsschulden verurteilte, weil sie sich 50 Cts. für zwei Bartschnitte zugeeignet hatte [127]).

Im allgemeinen wird der vorläufige Erbe gut tun, sich für Geschäfte, die als Erbgebarung gelten könnten, von der zuständigen (Erbschafts-) Behörde ermächtigen zu lassen, da der Richter, der unter Umständen die Bedeutung dieser Geschäfte als Willenskundgebung für die Erbschaftsannahme zu beurteilen haben wird, an den Nachweis anderer Beweggründe, wie schon im II. Kap. unter 2 hervorgehoben wurde, einen um so strengeren Massstab anlegen muss, je mehr das Gebaren dem Verkehr gegenüber den Annahmewillen zum Ausdruck gebracht hat. Auch eine Verwahrung des Erben wird nicht immer genügen, wenn sie als protestatio facto contraria sich darstellt.

Damit sind wir bei der Frage der **Abgrenzung** einer Verwaltungs- und Geschäftsfortführungshandlung des vorläufigen Erben von einer Erbgebarungs- oder Einmischungshandlung angelangt.

Schon aus den bisherigen Ausführungen geht zur Genüge hervor, dass es einen sicheren objektiven Massstab für eine solche Abgrenzung nicht gibt. Ein und dieselbe Handlung lässt möglicherweise eine doppelte Deutung zu. So kann beispielsweise der Verkauf von Erbschaftsobjekten Erbgebarung oder vorsorgliche Massregel sein. Demgegenüber gibt es Handlungen, bei denen der Schluss auf Erbschaftsannahme **zwingend** ist.

Bei der Ermittlung des Vorhandenseins eines rechtsgeschäftlichen Willens in der einen oder andern Richtung (Erbschafts-

---

125) **Tuor**, Anh. S. 1057, Nr. 33; BGE 54, II, 90 ff. (Praxis 17, 345 ff).

126) **Curti**, Bem. 13 zu Art. 571; **Mentha**, I, S. 623; **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 571.

127) Es liegt hier allerdings ein Fall der Verwirkung vor.

annahme oder nicht) hat der Richter nicht von juristischen Erwägungen und Theorien auszugehen, sondern sich auf dem gleichen Wege ein Urteil zu bilden, auf welchem jeder vernünftige Mensch aus Erfahrungstatsachen einen Schluss auf ihre Bedeutsamkeit zieht und auf das, was in ihnen zum Ausdruck gelangt. Auch die Betätigungshandlungen des vorläufigen Erben sind Indizien, aus denen nach der **gewöhnlichen Lebenserfahrung** [128]) und unter Würdigung aller Begleitumstände der Wille des Handelnden erschlossen wird, ohne dass er sich selbst der Schlüssigkeit seines Handelns bewusst zu sein braucht, selbst dann, wenn er die Absicht der Geheimhaltung hatte.

Zwingend ist im allgemeinen der Schluss der Erbschaftsannahme bei Handlungen folgender Art: Verfügung über die Erbschaft als Ganzes; Anstellung der Erbschafts-, Teilungs- oder Herabsetzungsklage; Unterhandlungen und Vorschläge über die Teilung sowie jede Teilnahme am Teilungsgeschäft; Verträge mit Miterben, mit Eltern oder Kindern über Abtretung der Erbanteile; erbvertragliche Vereinbarungen mit Dritten; erhebliche Geschenke aus Erbschaftswerten; Begehren der Erbbescheinigung (Art. 559); Verlangen des Grundbucheintrages an Erbgrundstücken; Verbindung und Vermischung von Erbschaftssachen mit den eigenen (auch wenn keine ausgesprochene Aneignung vorliegt); Ausrichtung noch nicht fälliger Vermächtnisse; Bezahlung der den Erben betreffenden Erbschaftssteuer.

Wo jedoch eine Handlung verschiedene Deutungen zulässt, ist eine stillschweigende Erbschaftsannahme ausgeschlossen, wenn feststeht, dass der vorläufige Erbe nur als negotiorum gestor des Nachberufenen handeln wollte, oder wenn er von der zuständigen Behörde zur Handlung ermächtigt war. Ist dies nicht der Fall, so ist jedenfalls ein vom vorläufigen Erben gemachter Vorbehalt bedeutend, wenn auch für den Richter nicht bindend.

§ 13. Die Tätigkeit während des öffentlichen Inventars.

Art. 585 bestimmt, dass während der Dauer des öffentlichen Inventars nur die **notwendigen** Verwaltungshandlungen vorgenommen werden sollen. Eine Bestimmung über die Person des Verwalters fehlt. Die zuständige kantonale Behörde hat darüber

---

[128]) **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 571; **v. Tuhr**, S. 137; **Manigk**, S. 105, 250.

zu entscheiden. Es ist ihr unbenommen, die Erbschaftsverwaltung dem Erben zu belassen; doch führt in der Regel nach den Einführungsgesetzen die Inventarbehörde oder ein von ihr bestellter **besonderer Verwalter** die Verwaltung [129]). Im Kanton **Bern** hat der vom Regierungsstatthalter auf den unverbindlichen Vorschlag der Erben zur Durchführung des Inventars ernannte **Massaverwalter** die Rechte und Pflichten eines Beistandes (Art. 64 EG), und er verwaltet als solcher auch die Erbschaft bis zur Abgabe der Erklärung der Erben (Art. 66 EG).

Dass die Behörde die Fortsetzung des Geschäftes des Erblassers durch einen Erben gestatten kann, bestimmt ausdrücklich Art. 585 Abs. 3. Dass der Erbe durch Begehren des Inventars sich die endgültige Entscheidung über Ausschlagung und Annahme je nach dem Ausfall dieses Inventars vorbehält und somit bis zu dieser Entscheidung noch vorläufiger Erbe bleibt, wurde bereits (unter § 6) hervorgehoben. Zu beantworten ist jedoch die Frage, welche Bedeutung Erbenhandlungen während des öffentlichen Inventars haben.

In dieser Richtung sind zwei Fälle auseinanderzuhalten: der Fall, dass der Erbe von der Behörde als Verwalter oder Geschäftsleiter bestellt wird, und derjenige, wo die Behörde selbst verwaltet oder ein von ihr besonders bestellter Verwalter, der nicht Erbe ist, mit der Verwaltung betraut wird.

Falls dem vorläufigen Erben selbst die Verwaltung anvertraut wird, so übt er seine Tätigkeit von diesem Augenblick an nicht mehr als Erbe bezw. als vorläufiger Erbe aus, sondern als amtlicher Verwalter kraft öffentlich-rechtlichen Auftrages. Als solcher ist er analog den Grundsätzen über den Auftrag verantwortlich (direkte Anwendung dieser Grundsätze ist wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters des Mandates nicht angängig). Wo ihm wie in Bern die Stellung des Beirates eingeräumt ist, richtet sich seine Verantwortlichkeit nach dem Art. 426 ff) [130]).

Überschreitet der mit der Verwaltung betraute Erbe seine «notwendigen» Verwaltungsbefugnisse oder die Tätigkeit des Geschäftsleiters, so macht er sich der Behörde, eventuell auch den an der Erbschaft Interessierten (Miterben, Gläubigern) gegenüber verantwortlich wie jeder Dritte, der zur Verwaltung

---

129) Vgl. die einzelnen kantonalen Ordnungen bei **Tuor**, Nr. 4—7 zu Art. 585.

130) **Tuor**, Nr. 9 zu Art. 585; **Escher**, Bem. 3 zu Art. 585, wendet die Auftragsgrundsätze direkt an.

berufen ist. Nicht aber kann eine solche Ueberschreitung der Verwaltungsbefugnisse als stillschweigende Annahme ausgelegt werden [131]). Der Erbe handelt nämlich nicht als solcher, sondern lediglich als Mandatar. Die Rollen sind hier streng geschieden, und Handlungen, die der vorläufige Erbe als solcher überhaupt nicht vornehmen darf, ohne sein Ausschlagungsrecht einzubüssen, können dem amtlich bestellten Verwalter, insbesondere dem Geschäftsleiter, sogar zur Pflicht werden.

Die Tätigkeitskreise nach Art. 571 und 585 decken sich nämlich keineswegs. Sie überschneiden sich vielmehr. Die Verwaltung der Erbschaft nach Art. 585 beschränkt sich auf «die notwendigen Verwaltungshandlungen», ist also enger begrenzt als nach Art. 571, während «die Fortsetzung des Geschäftes des Erblassers» andrerseits weiter geht als die in Art. 571 genannten Handlungen, die «durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert» werden.

Ist man sich in dieser Richtung in der Literatur im wesentlichen einig, so finden wir eine gewisse Gegensätzlichkeit der Ansichten über die Stellung des Erben, wenn ein Dritter oder die Behörde selbst während des Inventars die Verwaltung ausübt.

Darin stimmen die Autoren überein, dass der vorläufige Erbe in diesem Falle durch Einmischungshandlungen sein Ausschlagungsrecht verwirken kann [132]). Hingegen schliesst **Tuor** [133]) den vorläufigen Erben bei Bestellung eines amtlichen Verwalters während der Inventarisierung von der Verwaltung aus, während **Gysin** [134]) in der Bestellung eines amtlichen Vertreters kein striktes Verbot für den Erben, dass er nichts vom Nachlass berühren dürfe, erblickt. Der Erbe begibt sich nach ihm nur in gewissem Masse seiner Verfügungsbefugnis.

Auch ein Entscheid des Zürcher Obergerichtes vom 10. Januar 1914 geht davon aus, dass durch das öffentliche Inventar nicht alle Verwaltungshandlungen des Erben ausgeschlossen werden, und **Weiss** [135]) spricht dem Erben die «notwendige» Verwaltung überhaupt zu. «Notwendig» hat dabei den Sinn, dass überflüssige Einmischung des Erben in die Tätigkeit des Ver-

---

131) **Rossel** und **Mentha**, S. 638; **Curti**, Bem. 3 zu Art. 586; **Tuor**, Nr. 9 zu Art. 585.

132) **Rossel** und **Mentha**, S. 638; **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 585; **Gysin**, S. 52; ohne Unterscheidung **Gottofrey** im Stenogr. Bulletin 16, 304.

133) **Tuor**, Nr. 3 zu Art. 585.

134) **Gysin**, S. 52.

135) **Weiss**, S. 771, Nr. 1962.

walters den Erben eventuell schadenersatzpflichtig machen kann, nicht aber, dass er dadurch sich unbedingt präjudiziert

Der Gegensatz der Ansichten ist jedoch weniger schroff, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. **Tuor** gibt ohne weiteres zu, dass dem Erben auch während des Inventarstadiums nicht das Recht genommen sei, sich in der Weise, wie es auch für jeden Dritten möglich ist, um Sachen der Erbschaft zu kümmern und für deren Interessen aus Pietät, Freundschaft zum Erblasser ader als negotiorum gestor zur Erhaltung oder Rettung von Werten zu sorgen. Ein solches Handeln ist beim Erben während des Inventars umso eher begreiflich, als er ja im Fall einer späteren Annahme ein eigenes Interesse an der Sache hat.

Der Unterschied in den Anschauungen besteht somit darin, dass die einen dem vorläufigen Erben **ein Recht,** auch im Inventarstadium zu handeln, zusprechen, die andren ein solches Handeln **aus Interesse** zulassen. Das Ergebnis ist in beiden Fällen kaum verschieden. Es besteht darin, dass im ersteren Falle der Erbe analog einem negotiorum gestor behandelt würde, im letzteren direkt als negotiorum gestor.

Die beiden Anschauungen kommen sich schliesslich dadurch noch näher, dass, wie auch Tuor zugibt, nicht jede Handlung des vorläufigen Erben im Inventarstadium als stillschweigende Annahme der Erbschaft zu werten sei. Gerade durch das Inventarbegehren gebe ja der Erbe seinen Willen kund, dass er sich bis zum Abschluss des Inventars noch freie Hand bewahren will. Es liege darin eine Art stillschweigender Verwahrung, Handlungen des Erben den Annahmewillen beizumessen, jedenfalls eine Willenskundgebung des Erben, die bei Auslegung seiner Akte nicht gleichgültig sein könne.

Tuor leitet daraus die Vermutung ab, dass der Erbe mit seiner Handlung im Inventarstadium eine Annahme nicht beabsichtige, eine Vermutung, die der Gegner durch Gegenbeweis entkräften kann, wenn nicht schon die Handlung selbst in zwingender Weise auf eine Erbschaftsannahme hinweist.

Wir können uns diesen wohlabgewogenen Argumenten aus folgenden Erwägungen heraus anschliessen: Ist die Bestellung des Verwalters im Inventarstadium der (kantonalen) Behörde vorbehalten, so ist es nur logisch, dass nicht zwei Verwalter nebeneinander, der amtlich betraute und der Erbe, die Verwaltung ausüben, zumal da der amtliche Verwalter der Behörde gegen-

über die **Verantwortlichkeit** trägt. Im Prinzip schliesst somit der dem Verwalter erteilte Auftrag die **Berechtigung** des Erben zur Verwaltung aus. Das besagt jedoch nicht, dass es dem Erben verwehrt sei, sich um seine eventuelle Erbschaft zu kümmern, den Verwalter zu unterstützen, ihn und gegebenenfalls die Behörde auf Einzelheiten aufmerksam zu machen und, wo es nicht anders geht, auch selber zuzugreifen. Er tut das freilich unter eigener Verantwortlichkeit, kann aber seiner Erbenstellung halber jedenfalls nicht schlechter behandelt werden als ein negotiorum gestor.

Geht das Eingreifen des Erben soweit, dass es einer stillschweigenden Annahme gleichkommt, so hat er naturgemäss auch diese Konsequenzen seines Handelns zu tragen. Damit ist auch die Stellung des vorläufigen Erben im Inventarstadium genügend gekennzeichnet.

§ 14. Die Tätigkeit während der (amtlichen) Erbschaftsverwaltung und amtlichen Liquidation.

Sehr ungenügend ist im Gesetz die Erbschaftsverwaltung geordnet (Art. 554). Insbesondere ist über den Aufgabenkreis des Erbschaftsverwalters nichts bestimmt. Nach einigen Ansichten sollen die Bestimmungen über die amtlichen Liquidation auch auf die Erbschaftsverwaltung zur Anwendung gebracht werden.

Ein solcher Hinweis erscheint jedoch, abgesehen davon, dass er im Gesetz selbst nicht enthalten ist, ungenügend. In Wirklichkeit haben beide Institute kaum etwas mit einander gemeinsam, indem die Erbschaftsverwaltung eine Sicherungsmassregel (Einreihung in den mit «Sicherungsmassregeln» überschriebenen ersten Abschnitt des 16. Titels) und somit provisorischer Natur ist, während die amtliche Liquidation eine endgültige, entschiedene Lage schafft[136]).

Viel näher liegt u. E. die Analogie mit Art. 585, der das öffentliche Inventar ordnet und während der Dauer desselben eine amtliche Verwaltung vorsieht. Der Unterschied besteht nur darin, dass hier die Verwaltung bis zur Abgabe der Erklärung des Erben im Sinne des Art. 588 dauert, während die nach Art. 554 angeordnete Verwaltung erst mit dem Wegfall des Grun-

---

[136]) **Rossel und Mentha**, S. 599.

des ihrer Bestellung endet. Hier wie dort haben wir es aber mit einer Massregel provisorischer Natur zu tun.

Wir stehen daher nicht an, auf die Stellung des vorläufigen Erben während der Erbschaftsverwaltung nach Art. 554 die gleichen Grundsätze anzuwenden wie im Inventarstadium. Danach schliesst die amtliche Verwaltung im Prinzip die Tätigkeit des Erben aus. Doch ist es ihm keineswegs verwehrt, in Wahrnehmung der Interessen desjenigen, den es angeht, unter Umständen seiner eigenen (im Falle späterer Erbschaftsannahme) handelnd einzugreifen. Er tritt in diesem Falle als negotiorum gestor auf und untersteht den darauf bezüglichen Vorschriften. Geht sein Handeln soweit, dass es eine Einmischung im technischen Sinne bedeutet, so verliert er sein Ausschlagungsrecht.

Dass die **amtliche Liquidation,** die wir als bedingte Ausschlagung bezeichnet haben, das provisorische Stadium und somit die Stellung des vorläufigen Erben beendet, wurde bereits ausgeführt (§ 7). Da das Wahlrecht mit dem Begehren der amtlichen Liquidation beendet ist, kann eine im Liquidationsstadium bewirkte Erbgebarung keine Annahme mehr bedeuten (BGE 54 II S. 416).

§ 15. Die Tätigkeit des vorläufigen Miterben.

Ist der vorläufige Erbe nicht Alleinerbe, sondern stehen ihm Miterben zur Seite, so liegt gemäss Art. 602 eine Erbengemeinschaft vor, die vom Rechtsprinzip der **Gesamthand** beherrscht wird. Für Verwaltungs- und Verfügungshandlungen wird somit grundsätzlich Einstimmigkeit gefordert; Mehrheitsbeschlüsse genügen nicht. Auch Handlungen und Erklärungen hinsichtlich der Gemeinschaft müssen gegenüber allen Miterben erfolgen.

Insbesondere ist dies zu fordern [137]) bei Begründung und Aufhebung dinglicher Rechte, bei Massregeln, die sich auf die Bewirtschaftung beziehen, bei Eintreibung von Forderungen, Prozessführung und bei Abschluss von Vergleichen [138]).

Einen Vorbehalt macht Art. 602 Abs. II für vertragliche oder gesetzliche Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse. Was nun die **Vertretungsbefugnisse** betrifft, so steht es im Sinne dieser Bestimmung den Miterben zu, im Einverständnis miteinander einen **vertraglichen Vertreter** zu bestellen. Dieser Vertreter

[137]) **Tuor,** Nr. 28 zu Art. 602.
[138]) SJZ 13, 35; 14, 359.

ist u. E. nicht ein Organ im technischen Sinne, da die Erbengemeinschaft keine juristische Person ist, also selber nicht handeln kann. Sie wird nur in mehrfacher Hinsicht so behandelt, als ob sie eine juristische Person wäre, sie hat eine eigene Rechts- und Handlungsfähigkeit wie etwa die Kollektivgesellschaft.

Die Erbengemeinschaft kann auch einen **gesetzlichen Vertreter** haben, den gemäss Art. 60 Abs. III die zuständige (kantonale) Behörde auf Begehren eines Miterben bestellt. Doch kann der vorläufige Miterbe einen solchen Antrag nicht stellen, ohne dadurch seine Ausschlagungsbefugnis einzubüssen [139]).

In jedem Falle, ob ein Vertreter bestellt ist oder nicht, kommt dem einzelnen vorläufigen Miterben kein Recht zu, Verwaltungshandlungen vorzunehmen. Selbst «kleinere zur ordentlichen Verwaltung gehörende Geschäfte» stehen ihm nicht zu [140]). Der Vorbehalt vertraglicher oder gesetzlicher Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse in Art. 602 Abs. II kann keinen andern Sinn haben, als dass es den Miterben freistehe, einem von ihnen durch einstimmigen Beschluss vertraglich solche Befugnisse einzuräumen (Auftrag), oder dass ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen solche Befugnisse statuieren können. Auf blosse analoge Anwendung von erbrechtlichen Vorschriften kann sich eine solche Vertretungs- oder Verwaltungsbefugnis nicht stützen, da man **jus singulare** nicht auf dem Wege von Analogien schaffen kann.

Das verhindert aber nicht, den vorläufigen Miterben als **negotiorum gestor** tätig werden zu lassen. Er untersteht in diesem Falle den Voraussetzungen des Art. 422 Abs. I OR. Seine Verantwortlichkeit den Miterben gegenüber ist eine strengere als diejenige des vorläufigen Alleinerben gegenüber dem definitiven Erben. Jener hat nämlich ein **Recht** auf **Verwaltung**, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob «die Übernahme der Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war» (Art. 422 Abs. I OR). Einen solchen Geschäftsherrn gibt es ja während der Deliberationsfrist überhaupt noch nicht. Darum kann der Ersatzanspruch des vorläufigen Alleinerben von einer Voraussetzung, wie Art. 422 Abs. I sie nennt, nicht ab-

---

[139]) **Tuor**, Nr. 47 zu Art. 602.

[140]) A. M. Erl. I, 459; **Escher**, Bem. 4 zu Art. 602; **Prod'hom**, S. 81; vgl. aber **Tuor**, Nr. 20 zu Art. 602, und BGE 50, II, Nr. 35, S. 221.

hängig gemacht werden (vgl. § 19 hierunter). Während der vorläufige Alleinerbe als Erbschaftsverwalter nur analog den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt wird, untersteht der verwaltende vorläufige Miterbe diesen Vorschriften unbedingt. Er kann auch **sofort** zur Verantwortung gezogen werden, unabhängig davon, wie er sich zur Annahme der Erbschaft stellt.

Die Erbengemeinschaft hat die Eigentümlichkeit, dass der vorläufige Miterbe, insoweit er überhaupt für die Gemeinschaft handeln darf (sei es kraft Auftrags, kraft Gesetzes oder als negotiorum gestor), auch mit **sich selbst kontrahieren** kann, da der Nachlass rechtlich eine Sondermasse bildet (vgl. Kap. I a E. hiervor) [141].

[141] **Tuor**, Nr. 38 zu Art. 602.

VIERTES KAPITEL.

Die Stellung des vorläufigen Erben zu den Erbschaftsinteressenten.

§ 16. Das Verhältnis zu den Erbschaftsgläubigern.

Gemäss Art. 560 Abs. II werden die Schulden des Erblassers mit dem Erwerb der Erbschaft zu persönlichen Schulden des Erben. Das bedeutet, dass die Haftung für die **Erbschaftsschulden** sowohl das eigene, bisherige Vermögen des Erben als das ererbte erfasst. Diese Haftung beginnt mit dem Erbgang, geht somit ohne weiteres auch auf den vorläufigen Erben über. Sie trifft ihn insbesondere im Falle des Art. 566 Abs. I bei einem überschuldeten Nachlass, da, wie schon ausgeführt wurde (§ 6), der Übergang sich auch in diesem Falle ipso jure vollzieht und das Besondere nur darin besteht, dass Stillschweigen innerhalb der Überlegungsfrist als Ablehnung gedeutet wird.

Neben den Erbschaftsschulden gibt es noch eine zweite Gruppe, sog. **Erbgangsschulden,** d. h. Verbindlichkeiten des Erben, die erst mit dem Erbgang und aus ihm entstehen. Es gehören dazu vor allem die Vermächtnisse, insbesondere auch die gesetzlichen Vermächtnisse der Art. 605 und 606, die, wie weiter auszuführen sein wird, eine besondere Stellung einnehmen. Schliesslich gehören noch dazu die durch das Begräbnis und die Abwicklung des Erbganges veranlassten Ausgaben für Siegelung (Art. 552), Inventar (Art. 553), amtliches Inventar (Art. 584 Abs. II), Eröffnung der letztwilligen Verfügung (Art. 558).

Die **Haftung für die Erbgangsschulden** ist im Gegensatz zu derjenigen für Erbschaftsschulden je nach der einzelnen Schuld eine persönliche des Erben, meist aber eine Sachhaftung der Erbschaft. Vermächtnisse belasten nicht notwendig die Erbengemeinschaft, die Behaftung des persönlichen Vermögens des Erben ist ausschliessbar (Art. 486) [142].

[142] **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 560.

Sowohl der Noterbe als auch jeder andere beschwerte Erbe kann die Herabsetzung fordern, wenn die Vermächtnisse den Betrag der Zuwendung übersteigen, d. h. den Aktivsaldo unter Berücksichtigung der Auslagen des Art. 474 Abs. II. Klage wie Einrede richten sich nach den Regeln der Art. 525, 526 533. Macht der Beschwerte die Herabsetzungsklage nicht in der einjährigen Frist des Art. 533 geltend, so verjährt sie, und der Beschwerte haftet für die Ausrichtung der Vermächtnisse mit dem eigenen Vermögen, doch kann er auf dem Einredewege die beschränkte Haftung jederzeit geltend machen.

Der Erblasser kann dem nichtpflichtteilsberechtigten Erben das Herabsetzungsrecht nehmen und ihm nur die Alternative belassen: Annahme mit voller Ausrichtung der Legate oder Ablehnung. Bei **Auflagen** besteht ohnehin nur diese Alternative. Die Herabsetzungsklage ist nicht gegeben, es läge denn Pflichtteilsverletzung vor [143]).

Was die Gruppe der durch den Tod des Erblassers und den Erbgang veranlassten Auslagen (Begräbnis-, Inventar-, Siegelungs- und Testamenteröffnungskosten) anbetrifft, so tritt nicht überall Realhaftung ein. Die Begräbniskosten belasten den Erben auch persönlich [144]). Für Inventar- und Siegelungskosten haftet wenigstens subsidiär der beantragende Erbe [145]).

Es erhebt sich nun die Frage, ob auch gegen den vorläufigen Erben all die genannten Schulden geltend gemacht werden können.

Was zunächst die **Erbschaftsschulden betrifft**, so ist zu unterscheiden zwischen vorsorglichen und regulären Massnahmen der Gläubiger. Die **vorsorglichen Massnahmen** ordnet Art. 594 Abs. I an. Danach können die Gläubiger des Erblassers bei begründeter Besorgnis, dass ihre Forderungen nicht bezahlt werden, sobald Befriedigung oder Sicherstellung auf ihr Begehren hin nicht erfolgt, binnen drei Monaten vom Tode des Erblassers oder der Eröffnung der Verfügung an gerechnet die amtliche Liquidation der Erbschaft verlangen.

Die **amtliche Liquidation** ist geradezu für das provisorische Stadium bestimmt, da die Frist zum Begehren gleichfalls eine

---

[143]) **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 486.
[144]) **Escher**, Bem. 8; **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 560; **Hättenschwiller**, Die Schuldenhaft. d. Alleinerben 29.
[145]) **Escher**, Bem. 8 b; **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 560; **Krayenbühl**, S. 37.

Dreimonatsfrist ist, wie die Ausschlagungsfrist. Wenn sich beide Fristen trotzdem nicht genau decken, so ist doch klar, dass das Gläubigerbegehren auf amtliche Liquidation für den vorläufigen Erben von besonderer Bedeutung ist.

Die Bedeutung liegt, um es gleich vorwegzunehmen, darin, dass **jeder Erbschaftsgläubiger der Entscheidung des vorläufigen Erben** bei Vorhandensein der Voraussetzungen des Art. 594 **vorgreifen und diese illusorisch machen kann,** indem er das Provisorium beendet.

Antragsberechtigt ist jeder **Erbschaftsgläubiger,** nicht auch Erbgangs- oder Erbengläubiger, für sich allein, unabhängig von der Mitwirkung der andren. Die Forderung muss obligatorischer Natur sein, auch wenn sie aus dem Familienrecht stammt, kann aber auch bedingt oder mit ungewisser Verfallzeit sein. Dingliche Forderungen sind ausgeschlossen, insoweit genügende Sicherung aus der Sache selbst besteht [146]).

Voraussetzung ist begründete Besorgnis der Nichtbefriedigung, gleichgültig ob diese Gefahr in der Überschuldung des Erben oder in andren Umständen liegt (tatsächliche oder rechtliche Hindernisse der Verfolgung). Weitere Voraussetzung ist Unterlassung der Befriedigung oder Sicherstellung trotz Aufforderung binnen angemessener Frist. Diese Voraussetzungen sowie der Bestand der Forderung müssen zumindest bescheinigt werden [147]).

Die Frist ist eine feste und unerstreckbare. Sie beginnt mit dem Ereignis selbst (Tod bezw. Testamentveröffentlichung), nicht erst mit Kenntnisnahme [148]). Sie wird verwirkt durch Verzicht. Auch durch unauflösbare Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben wird das Recht, amtliche Liquidation zu fordern, hinfällig — ein Fall, der für diese Betrachtung nicht weiter ins Gewicht fällt, da mit einer Vermischung auch das Ausschlagungsrecht untergeht und somit das provisorische Stadium beendet ist.

Die **Wirkung** ist die Beendigung des provisorischen Stadiums die Auseinanderhaltung der Vermögensmassen und die Befriedigung der Gläubiger durch behördliche Nachlassverwertung.

---

[146]) **Trott,** S. 378/79; **Tuor,** Nr. 5 zu Art. 594; **Strebel,** S. 37.

[147]) **Trott,** S. 380; **Strebel,** S. 42.

[148]) **Trott,** S. 388; **Tuor,** Nr. 22 zu Art. 594; a. M. Escher, Bem. 2 c.

Sind die Voraussetzungen des Art. 594 nicht gegeben, so bleibt den Gläubigern nur der reguläre Weg der Klage und Betreibung übrig. Was nun den **Klageweg** betrifft, so ist zunächst zu unterscheiden zwischen bereits hängigen und neu anzuhebenden Prozessen. Für beide ist das kantonale Prozessrecht zuständig, da das ZGB darüber keine allgemeinen Bestimmungen enthält.

Nur während der **Dauer des öffentlichen Inventars** dürfen nach Art. 586 Abs. III Prozesse, mit Ausnahme von dringenden Fällen, weder fortgesetzt noch angehoben werden. Unter dringenden Fällen sind sowohl dringende Prozesse als auch dringende Prozesshandlungen und -akte in hängigen Prozessen zu verstehen. Vom Standpunkt der Gläubiger aus werden dazu in erster Reihe solche gehören, die zur Festsetzung des Erbschaftsstandes sowie zur Abwendung von Schaden für die Gläubiger notwendig sind [149]). Letzteres wird insbesondere der Fall sein, wenn eine Verwirkung droht, da nach Art. 586 Abs. II wohl die Verjährung während der Dauer des öffentlichen Inventars stillsteht, nicht aber die Verwirkung ausgeschlossen wird.

Des weiteren werden die meisten betreibungsrechtlichen Streitigkeiten dazu gehören, wie das Rechtsöffnungsbegehren (Art. 80 SchKG), die Aberkennungsklage (Art. 83 SchKG), die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG), die Einstellungsklage (Art. 85 SchKG), die Klage auf Zulassung der Anschlusspfändung (Art. 110, 111 SchKG), die Widerspruchsklage (Art. 107), die Kollokationsklage (Art. 148 SchKG) und die Anfechtungsklage (Art. 285 SchKG) [150]).

Zu einzelnen dringlichen Prozessakten werden hauptsächlich **Rechtsmittel** gegen Urteile und Beschlüsse gehören, ferner **vorsorgliche Beweisaufnahme,** einstweilige Verfügungen und Massnahmen der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** (Grundbucheintragungen auf Grund von Verträgen, insbesondere vorläufige Eintragungen, Art. 961 und 966 Abs. II ZGB, Verfügung betreffend Löschung untergegangener Rechte, Art. 976 Abs. III ZGB, Berichtigung von Grundbucheintragungen, Art. 977 ZGB, Anordnung der Untersuchung eines Tieres bei Gewährsmängeln Art. 202 Abs. I OR, Feststellung des Tatbestandes, Anordnung betreffend

---

[149]) **Tuor**, Nr. 5 zu Art. 586.

[150]) **Escher**, Bem. 4; **Tuor**, Bem. 5 zu Art. 587; **Rossel** und **Mentha**, S. 640; **Gysin**, S. 58.

den Verkauf bei Bemängelung übersandter Sachen, Art. 204 Abs. II und III OR u. a. m.).

Insoweit kein öffentliches Inventar in Frage kommt, entscheidet über die Zulässigkeit von Klagen gegen den vorläufigen Erben das **kantonale Prozessrecht.** Dieses enthält meist Bestimmungen über die Behandlung von Prozessen bei Tod einer Partei. So bestimmt die bernische ZPO, dass bei Tod einer Partei der Prozess eingestellt bleibt bis zum Zeitpunkte, in dem die Erben die Erbschaft nicht mehr ausschlagen können (Art. 40). Danach wird der Rechtsstreit, den ein Gläubiger gegen den Erblasser zu Lebzeiten angehoben hat — auf welchen Fall wir uns hier zunächst beschränken — mit dem Tod des Beklagten **kraft Gesetzes** eingestellt. Es bedarf hierzu weder eines Antrages des Erben, noch einer Verfügung des Gerichtes, wenn auch eine solche ordnungshalber in der Regel erfolgen wird [151]).

Selbst bei unvererblichem Streitgegenstand, wo der Streit in der Hauptsache gegenstandlos wird (Art. 203 ZPO), hat die Einstellung und die eventuelle spätere Fortsetzung eine Bedeutung, insofern es sich um die Prozesskosten handelt.

Mit der Einstellung fallen richterliche Fristen und Termine ohne weiteres dahin und sind bei der Streitforderung neu zu bestimmen; gesetzliche Fristen ruhen. Auch die Appellationsfrist (Art. 338 ZPO) ruht, nicht aber die Frist für ein ausserordentliches Rechtsmittel (Nichtigkeitsklage Art. 359 ff, neues Recht Art. 367 ff), denn der Erbgang nach Eintritt der Rechtskraft bleibt ohne Wirkung auf das Verfahren.

Die Einstellung ipso jure tritt auch bei **dringlichen Prozessen** ein, da das Gesetz keine Ausnahme macht. Die Möglichkeit der Aufnahme und Weiterführung eines dringlichen Prozesses durch den Erben wird von Leuch anerkannt [152]), während er sich über die gleiche Möglichkeit für den Gläubiger nicht ausspricht. Wir glauben, sie verneinen zu sollen. Die ZPO lässt Einstellung nicht im Interesse des Gläubigers eintreten, sondern in demjenigen des Erben der verstorbenen Partei, um ihm die Entschliessungsmöglichkeit zu wahren. Will der Erbe den Prozess früher aufnehmen, so gibt er eben hiermit seinem Entschluss Ausdruck, ihn fortzusetzen. Dem Gläubiger kann aber gegen den vorläufigen Erben nach der ratio legis eine solche vorzeitige Aufnahme

---

[151]) **Leuch**, Nr. 1 zu Art. 40 ZPO.
[152]) **Leuch**, Nr. 2 zu Art. 40 ZPO.

selbst in dringenden Fällen nicht bewilligt werden. Er mag sich eventuell durch Begehren der amtlichen Liquidation oder durch eine einstweilige Verfügung (Art. 326 ZPO) helfen.

Wie die Einstellung hat nach bernischer ZPO der Richter auch die Rechtsfortsetzung von Amts wegen wahrzunehmen und sie nach Ablauf der Ausschlagungsfrist oder der ihm bekannt gewordenen Verwirkung der Ausschlagung zu verfügen [153]).

Keine Bestimmung enthält die bernische ZPO über **neu aufzunehmende Prozesse** gegen einen Erben. Es steht somit im Prinzip nichts im Wege, dass der vorläufige Erbe von einem Nachlassgläubiger ins Recht gefasst wird. Auch im ZGB fehlt eine dem § 1958 BGB analoge Bestimmung, die den vorläufigen Erben während der Deliberationsfrist vor gerichtlicher Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlass schützt. Dieser hat auch keine exception dilatoire wie nach Cc Art. 797.

Da der Gläubiger somit den vorläufigen Erben ins Recht ziehen kann, so muss dem Beklagten auch die Befugnis zugestanden werden, sich einzulassen und zu verteidigen, ohne sich zu präjudizieren. Lässt er sich nämlich nicht ein, so läuft er Gefahr, sich ein Versäumnisurteil zuzuziehen, das zwar nicht einem andren definitiven Erben, aber ihm selbst gegenüber, wenn er später annimmt, wirksam bleibt.

Die Möglichkeit der Prozessführung ist jedoch mehr eine theoretische. Der Gläubiger kann wohl ein Interesse an der **Anhebung des Prozesses** haben, z. B. wegen drohender Verjährung oder Verwirkung des Klagerechts, aber kaum ein Interesse an der Fortsetzung, da er bei Ausschlagung den ganzen Prozess gegen den Nachberufenen von vorn anfangen müsste. Der Ausschlagende verliert nämlich die Sachlegitimation [154]); der Nachberufene ist nicht sein Rechtsnachfolger, auf den sich das Urteil erstrecken könnte. Kommt es zu einem Urteil und schlägt der Erbe dann aus, so ist die Vollstreckung nicht möglich, weil er nicht mehr Schuldner ist. Gestützt auf Art. 81 SchKG kann er Rechtsvorschlag erheben mit dem Nachweis, «dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt» worden ist. Unter Tilgung versteht man bekanntlich jeden auf irgend einem zivilrechtlichen Grund beruhenden Untergang der Forderung [155]).

---

[153]) **Leuch**, Nr. 2 II zu Art. 40 ZPO.
[154]) **Strebel**, S. 8; **Leuch**, Nr. 1 zu Art. 40 ZPO.
[155]) **Jäger**, Nr. 10 zu Art. 81 SchKG.

Aber auch der Richter wird aus Gründen der Prozessökonomie ein Ruhen des Verfahrens bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist für angezeigt halten, und wenn er nach bernischer ZPO keine Handhabe zur Einstellung des Verfahrens aus diesem Grunde hat, so kann er den gleichen Zweck durch entsprechende Bemessung und Verlängerung dessen Termine erreichen [156]).

Die **Erbschaft als solche** kann nach bernischem Prozessrecht nicht belangt werden, da sie weder eine physische noch eine juristische Person ist [157]).

Dass und inwieweit der vorläufige Erbe wegen Erbschaftsschulden nicht **betrieben** werden kann, wurde schon in andrem Zusammenhang in Würdigung des Art. 59 SchKG (unter Abschn. 2 des III. Kapitels) hervorgehoben. Hier ist weiter auszuführen, dass dieser Artikel sich nur auf Erbschaftsschulden, nicht auch auf Erbgangs- und Erbenschulden bezieht. Über diese wird daher noch besonders zu sprechen sein.

Gestützt auf den Rechtsstillstand des Art. 59 dürfen das Betreibungsamt und andere Behörden, die betreibungsrechtliche Anordnungen zu treffen befugt sind, also die Gerichte als Hilfsorgane der Schuldbetreibung, keine Betreibungshandlung gegen den vorläufigen Erben vornehmen. Doch ist eine Betreibungshandlung während des Rechtsstillstandes nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (BGE 31 I 145 ff). Der vorläufige Erbe muss daher durch Beschwerde rechtzeitig (binnen 10 Tagen) die Betreibungshandlung anfechten, wenn sie nicht gültig bleiben soll [158]).

Auch die **Eröffnung des Konkurses** gegen die Erbschaft ist wegen des Rechtsstillstandes des Art. 59 SchKG während der Deliberationsfrist unmöglich [159]). Nachlasskonkurs, im ZGB als konkursamtliche Liquidation bezeichnet, ist nur gemäss Art. 573 Abs. I (Ausschlagung durch alle nächstberufenen gesetzlichen Erben), 566 Abs. II (amtlich festgestellte oder offenkundige Zahlungsfähigkeit) und 597 (amtliche Liquidation, die eine Überschuldung der Erbschaft ergibt) zulässig. Hingegen sind nicht ausgeschlossen Betreibungshandlungen, die sich als solche des **Arrestverfahrens** oder als **unaufschiebbare Massnahmen** zur Er-

---

156) **Leuch**, Nr. 2 zu Art. 96.
157) **Leuch**, Nr. 1 zu Art. 35; ZbernJV 53, 562.
158) A. M. scheinbar **Blumenstein**, S. 215, der verlangt, der Erbe solle auch nicht gezwungen sein, sich betreibungsrechtlich verteidigen zu müssen.
159) Anders § 216 deutsche Konkursordnung.

haltung der Vermögensgegenstände qualifizieren. Um solche Massnahmen handelt es sich vor allem in den Fällen der Art. 124 Abs. II, 162, 170, 183 SchKG. Es ist also möglich, während der Deliberationsfrist gegen die Erbschaft oder den vorläufigen Erben einen Arrest auszuwirken oder in einer gegen den Erblasser begonnenen und bereits zur Pfändung vorgeschrittenen Betreibung eine Notversteigerung vorzunehmen. Auch die Aufnahme eines Güterverzeichnisses der Erbschaft oder eines Retentionsverzeichnisses (Art. 283 SchKG) kann verlangt werden.

Da der vorläufige Erbe immerhin Subjekt der Schulden des Erblassers ist, so sind **Mahnungen, Kündigungen und andere empfangsbedürftige Erklärungen,** ferner Präsentationen und Proteste gegen ihn zu richten, und sie behalten ihre Wirkung für den endgültigen Erben, die allerdings erst mit dessen Annahme beginnt. Sie sind einfach dem Repräsentanten der Erbschaft gegenüber vorzunehmen und verlieren ihre Wirkung nicht durch Wechsel in der Person des Vertreters [160]).

Art. 59 SchKG bezieht sich aber auch nur, was wir in der Literatur nicht hervorgehoben finden, auf Forderungen, die Objekt der Schuldbetreibung sind, also auf solche, die auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtet sind, nicht aber auf andere Leistungen (**Sachleistungen,** Unterlassungen, Dienste usw.). Forderungen dieser Art unterliegen dem **kantonalen** Vollstreckungsverfahren.

Aus der Doppelspurigkeit zwischen Bundes- und kantonalem Recht ergibt sich in dieser Hinsicht die Unzukömmlichkeit, dass man Forderungen auf Geld und Sicherheitsleistung gegen den vorläufigen Erben nicht vollstrecken kann, wohl aber alle andren Forderungen, sofern nicht das kantonale Recht auch für diese Rechtsstillstand bewilligt. Eine Ausnahme bildet auch hier Art. 586 Abs. I, der die Betreibung für Schulden des Erblassers während des öffentlichen Inventars ausschliesst. Unter Schulden im weiteren Sinne versteht man auch solche, die nicht auf Geld lauten.

Abgesehen von diesem Falle können somit Leistungen, die nicht in Geld oder Sicherheitsleistung bestehen, nach Massgabe des kantonalen Rechts gegen den vorläufigen Erben vollstreckt werden. Nach bernischer ZPO kommen beispielsweise folgende Vollstreckungsmassnahmen in Betracht:

---

[160]) **Kipp,** S. 145, und Kommentare zu § 1959 BGB.

1. Die Widerhandlung gegen ein auf **Unterlassung** lautendes Urteil (gegen den Erblasser) wird auf Antrag der Gegenpartei mit Busse bis Fr. 5000 bestraft, womit Gefängnis bis zu 60 Tagen oder Korrektionshaus bis zu einem Jahre verbunden werden kann. Ausser der Busse hat der Strafrichter auf Antrag dem Obsiegenden auch eine Entschädigung zuzusprechen (Art. 403 ZPO).

Da es sich hier um eine Straftat handelt (Widerhandlung gegen einen richterlichen Befehl), macht sich der absichtlich zuwiderhandelnde vorläufige Erbe persönlich verantwortlich und kann u. E. diese deliktische Verantwortlichkeit nicht mehr durch Ausschlagung oder Inventarbegehren ablehnen.

2. Bei **Verurteilung des Erblassers zu einem Tun** kann der Obsiegende wegen Nichterfüllung binnen der gesetzlichen Frist gegen den vorläufigen Erben die richterliche Anordnung der Vornahme der Handlung durch einen Dritten, soweit dies möglich ist, nebst Schadenersatz oder Schadenersatz allein beantragen (Art. 404 ZPO).

In diesem Falle kann der vorläufige Erbe nur durch Ausschlagung oder Begehren des öffentlichen Inventars der Vollstreckung entgehen. Die Schadenersatzforderung ist in jedem Falle wegen Art. 59 SchKG nicht vollstreckbar. Gemäss Art. 404 letzt. Abs. zieht böswillige Nichtvornahme der auferlegten Handlung auf Antrag Bestrafung als Widersetzlichkeit nach sich. Dieser Fall kann beim vorläufigen Erben nicht zutreffen, da er nicht verpflichtet ist, sich mit der Verwaltung der Erbschaft zu befassen.

3. Lautet das Urteil auf Rechnungslegung und wird es nicht erfüllt, so kann Schadenersatz gefordert oder die Rechnungsstellung einem Dritten aufgetragen werden, sofern dies möglich ist, mit oder ohne Vorbehalt des Schadenersatzes (Art. 405 ZPO). Auch für diesen Fall gilt das zu Art. 404 ZPO Bemerkte.

4. Auslieferungen einer beweglichen Sache wird auf Antrag des Obsiegenden mittelst Wegnahme durch den Gerichtsdiener nötigenfalls mit polizeilicher Hilfe vollstreckt. Kann die Sache nicht gefunden werden, so tritt Schadenszuspruch ein (Art. 406 ZPO). Es gilt das zu den beiden letztbehandelten Fällen Bemerkte.

5. Lautet ein Urteil auf Einräumung von Besitz oder Eigentum einer Liegenschaft, so setzt der Richter den Berechtigten auf Antrag in den Besitz ein und veranlasst den Grundbuch-

führer zur Eintragung des Eigentums (Art. 407). Verpflichtet das Urteil den Unterlegenen zur Einräumung einer Dienstbarkeit, so wird der Obsiegende in den Besitz seines Rechts durch den Richter eingesetzt (Art. 408 ZPO). Der vorläufige Erbe kann auch hier nur durch Ausschlagung oder Inventarbegehren die Vollstreckung abwenden.

Eine Vollstreckung gegen die Erbschaft als solche kennt die bernische ZPO nicht.

§ 17. Das Verhältnis zu den Erbgangsgläubigern.

Auch in Bezug auf diese Schuldenkategorie müssen wir **vorsorgliche Massnahmen** von endgültigen unterscheiden.

Jeder Vermächtnisnehmer kann gegen den vorläufigen Erben zwar nicht die amtliche Liquidation, aber andere vorsorgliche Massnahmen verlangen, dies unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie oben (unter § 16) für das Liquidationsbegehren genannt wurden. Die Sicherstellung kann naturgemäss mit Rücksicht auf Art. 486 Abs. I nicht über den Betrag hinaus gefordert werden, der nach der Rangordnung der Befriedigung der Erbschafts und Erbgangsgläubiger dem Vermächtnisnehmer zukommen würde.

Welche Sicherheiten der Erbe stellen muss, um behördliche Massregeln vorsorglicher Art abzuwenden, ist Streitfrage[161]). Insbesondere ist streitig, ob dem Vermächtnisnehmer ein Vorzugsrecht (Pfandrecht) an Erbschaftsobjekten eingeräumt werden darf oder nur solche Sicherheiten bestellt werden dürfen, die nicht eine Hintansetzung der ihm vorgehenden Erbengläubiger bedeuten. Letzteres ist der Standpunkt des bernischen Appellationshofes[162]). Hingegen steht **Tuor** auf dem Standpunkt, dass man den Vermächtnisnehmern, die unbilligerweise den Erbengläubigern durch die kaum zu begründende Bestimmung des Art. 564 nachgestellt wurden, wenigstens die Möglichkeit nicht verschliessen darf, durch Sicherheitsbegehren das unbillige Vorzugsrecht der Erbengläubiger abzuschwächen. Diese Auslegung des Art. 594 bedeutet nach Tuor die Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes durch den Richter als Gesetzgeber (Art. 1 Abs. II ZGB).

---

[161]) **Tuor**, Nr. 35 zu Art. 594; **Escher**, Bem. 2 zu Art. 564; **Krayenbühl**, S. 257.

[162]) SJZ 13, 298, Nr. 252.

Doch ist es eigentlich ungewiss, ob man hier von einer Lücke des Gesetzes oder von einer Unbilligkeit sprechen muss. Die grundsätzliche Frage, ob die Erbengläubiger den Vermächtnisnehmern vorgehen, ist im Gesetze nirgends expressis verbis entschieden. Man kann aus Artikel 564 nur indirekt auf einen solchen Vorgang schliessen. Da nach diesem Artikel die Erbengläubiger den Erbschaftsgläubigern gleichstehen, diese aber den Vermächtnisnehmern vorgehen, so ist zu folgern, dass die Erbengläubiger den Vermächtnisnehmern vorgehen.

Allein eine solche Folgerung, an die der Gesetzgeber vielleicht gar nicht gedacht haben mag [163]), ist nur gestattet, wenn sie mit einer vernünftigen Reglung und mit andern Bestimmungen des Gesetzes im Einklang steht. Mit einer vernünftigen Reglung ist eine solche Hintansetzung der Vermächtnisnehmer nicht zu vereinbaren, denn es ist nicht einzusehen, warum dem Willen des Erblassers Zwang angetan werden soll, um die Gläubiger eines Erben zu begünstigen. Ebenso verstösst eine solche Zurücksetzung der Vermächtnisnehmer direkt gegen das System des Erbrechts. Die kraft der Gesamtnachfolge eintretende Vereinigung des erblasserischen und des persönlichen Vermögens des Erben fordert nicht mehr als die **Gleichstellung** der Erbengläubiger und Legatare.

Aber auch mit andern Bestimmungen des Gesetzes scheint eine solche Auffassung des Artikels 564 zu kollidieren. Bei Verletzung des Pflichtteils können die Gläubiger des Erben nach Massgabe des Artikels 524 die Herabsetzungsklage geltend machen. Dies wäre bei Legaten aber überflüssig, wenn die Erbengläubiger schon grundsätzlich den Vermächtnisnehmern vorgehen würden. Verjährt die Herabsetzungsklage, so können die Erbengläubiger gegen die Vermächtnisnehmer überhaupt nicht vorgehen. Das wäre aber unverständlich, wenn sie schon prinzipiell ex lege vorgehen würden.

Diese Konflikte sprechen gegen eine Interpretation, die den Artikel 564 als sedes materiae für die Beurteilung der Frage der Rangordnung zwischen Erbengläubigern und Vermächtnisnehmern ansieht, und beantworten diese Frage systemgerecht dahin, dass die Vermächtnisnehmer den Erbengläubigern **gleichstehen**, sobald der Erbe die Erbschaft vorbehaltlos angenommen hat.

---

[163]) Die Entstehungsgeschichte gibt keinen Aufschluss über diese Frage.

Keine «vorbehaltlose» Annahme liegt vor, wenn amtliche Liquidation verlangt wird. In diesem Falle tritt eine Trennung des erblasserischen Vermögens vom Erbenvermögen ein, der Liquidator zahlt nach Tilgung der Schulden auch die Vermächtnisse aus (Art. 596), und nur der Aktivüberschuss verbleibt dem Erben und dient als Haftungsobjekt für dessen Gläubiger.

Umgekehrt liegt der Fall, wenn die Erbengläubiger mit einer Herabsetzungsklage durchdringen. Insoweit dies eintrifft, gehen sie den Vermächtnisnehmern vor.

Von den Sicherungsmitteln scharf zu unterscheiden sind die Massregeln der Behörde für den Fall, dass der Erbe dem Sicherungsbegehren nicht nachkommt. Die Behörde kann ihre vorsorglichen Massnahmen mit Rücksicht auf den Einzelfall anordnen durch Verwahrung der legierten Werte, amtliche Verwaltung von Liegenschaften, Sperrung von Guthaben und Forderungen u. a. m. In dieser Richtung sind die kantonalen Einführungsgesetze und Zivilprozessordnungen zu beachten.

Die Frist für das Sicherungsbegehren ist die gleiche wie die für das Begehren der Gläubiger um amtliche Liquidation (siehe unter § 16).

Verschieden von der Sicherung ist die Frage der **Erfüllung der Vermächtnisse.** Diese obliegt in der Regel dem vorläufigen Erben nicht, da nach Art. 562 Abs. II der Anspruch des Vermächtnisnehmers erst fällig wird, «sobald der Beschwerte die Erbschaft angenommen hat oder sie nicht mehr ausschlagen kann». Doch fügt das Gesetz hinzu, «wenn aus der Verfügung nichts anderes hervorgeht». Es kann also der Erblasser eine andere Leistungsfrist bestimmen. Dass er eine spätere festsetzen kann, liegt auf der Hand. Die herrschende Meinung geht aber dahin, dass auch ein früherer Leistungstermin vom Erblasser bestimmt werden könne, d. h. ein Termin, der wohl nach Eintreten des Erbganges, aber vor der Annahme oder Ausschlagung liegt [164]).

Es gibt in der Tat Vermächtnisse, die keinen Aufschub dulden, wie z. B. Vermächtnis des Unterhaltes an einen Mittellosen. Steht ein solcher Wille des Erblassers fest, so darf der vorläufige Erbe ein solches Vermächtnis ausführen, ohne den Rahmen der Verwaltungstätigkeit zu überschreiten. Jedenfalls kann er, wenn

---

[164]) **Escher**, Bem. 2 b; **Curti**, Bem. 5; **Tuor**, Nr. 9 zu Art. 562; **Krayenbühl**, S. 220; a. M. **Rossel** und **Mentha**, I, S. 612.

er nicht freiwillig erfüllt, gerichtlich belangt und betrieben werden. Art. 59 Abs. I SchKG bezieht sich nur auf «Erbschaftsschulden», nicht auch auf Erbgangsschulden [165]). Allerdings bildet Art. 486 Abs. I eine Grenze der Inanspruchnahme auch des vorläufigen Erben bis auf den Wert der ihm zugefallenen Erbschaft.

Einer solchen Klage und Betreibung kann der vorläufige Erbe nur durch Begehren des öffentlichen Inventars entgehen, einer dringenden Klage auch hier nicht.

Fälligwerden von Vermächtnissen schon während der Deliberationsfrist tritt insbesondere bei den in den Art. 605 und 606 behandelten **gesetzlichen Vermächtnissen** ein.

Der Art. 605 Abs. II begründet für die Mutter eines noch ungeborenen Kindes, auf welches beim Erbgang Rücksicht zu nehmen ist, das Recht, Unterhalt bis zur Geburt des Kindes zu verlangen. Für unsere Darlegungen kommt nur der Fall in Betracht, in welchem vom vorläufigen Erben die Leistung dieses Unterhaltes verlangt werden könnte. Diese Möglichkeit kann nur dann eintreten, wenn neben dem vorläufigen Erben ein nasciturus als Miterbe in Betracht kommt. Wir brauchen uns daher nicht mit der Streitfrage zu befassen, ob die Mutter des nasciturus unterhaltsberechtigt ist, auch wenn dieser letztere Alleinerbe wird [166]).

Die Mutter kann nicht Leistung des Unterhaltes schlechtwegs vom vorläufigen Erben fordern, sondern ihr Recht geht nur auf «Genuss am Gemeinschaftsvermögen». Unter **Genuss** ist im Gegensatz zu Nutzung und Nutzniessung, die technisch auf ein dingliches Recht am Substrat hinweisen, nur ein obligatorischer Anspruch auf Leistung von Geld oder Naturprodukten zu Unterhaltszwecken aus den Erträgnissen, ohne dass der Vermögensstamm berührt wird [167]).

Die Leistungen sind aus dem «Gemeinschaftsvermögen» zu erfüllen, somit aus der gesamten Erbschaft, nicht nur aus dem Anteil des nasciturus. Sie belasten die Erbengemeinschaft als Gesamthandschaft, nicht das Eigengut des vorläufigen Erben (anders § 1963 BGB) [168]).

---

[165]) **Tuor**, Nr. 9 zu Art. 562.

[166]) Vgl. **Tuor**, Nr. 10 zu Art. 605, gegen **Escher**, Bem. 5 d, und **Rossel**, S. 221.

[167]) **Curti**, Bem. 5; **Escher**, 5 c; **Tuor**, Nr. 11 zu Art. 605.

[168]) Sten. Bull. 1906, S. 480/81; **Escher**, 5 c; **Tuor**, Nr. 13 zu Art. 605.

Die Mutter hat nicht den vollen Genuss des Gemeinschaftsvermögens, sondern nur « soweit dies für ihren Unterhalt erforderlich ist ». Besitzt sie also Eigenvermögen und Einkünfte oder Einkommen aus eigener Arbeit, sofern ihr diese zugemutet werden kann, so hört in gleichem Masse die Unterhaltspflicht auf. Ob der Unterhalt standesgemäss zu leisten sei (wie § 1963 BGB ausdrücklich bestimmt) und nach wessen Stand, den der Mutter oder des Erblassers, besagt das Gesetz nicht. Es ist wohl anzunehmen, dass die Mutter des Erben nicht schlechter gestellt werden soll, als sie vor Anfall der Erbschaft, dass sie also standesgemäss weiter unterhalten werden soll.

Der Anspruch steht der **Mutter** des zur Erbschaft berufenen Kindes zu, gleichgültig, in welchem Verwandtschaftsverhältnis sie zum Erblasser steht. Es können bei mehreren Erben in embryonalem Zustand, wie Tuor hervorhebt [169]), auch mehrere Mütter zugleich unterhaltungsberechtigt sein. Doch muss der nasciturus durch den Erbgang zur Erbschaft berufen, nicht Nacherbe oder Nachberufer sein. Auch wenn er nicht als Erbe berufen, sondern nur auf den **Pflichtteil** beschränkt ist, gilt Art. 605 Abs. II, da auch der Pflichtteil den Charakter eines gesetzlichen Erbrechts hat [170]).

Mit der Frage, inwieweit der Erblasser diesen Unterhaltsanspruch abändern, insbesondere kürzen oder ausschliessen kann, brauchen wir uns hier nicht zu befassen, da wir lediglich Ausmass und Verfolgbarkeit eines gegebenen Anspruches gegen den vorläufigen Erben ins Auge zu fassen haben. Verfolgbarkeit ist, wie schon bemerkt, ohne weiteres gegeben, da die Mutter Nachlassgläubigerin ist, der Anspruch gegen den Nachlass als Haftungsobjekt gerichtet ist und Art. 59 Abs. I SchKG nicht entgegensteht.

Zu den Unterhaltskosten gehören auch die **Entbindungskosten,** da die Mutter « ebensolange », d. i. « bis zum Zeitpunkte der (vollendeten) Geburt » den Unterhalt geniesst [171]).

Schwieriger zu beantworten ist die Frage der **Rangordnung** des Anspruches. Daraus, dass wir ihn als gesetzliches Vermächtnis gekennzeichnet haben, würde folgen, dass er sowohl den Erbschaftsschulden als auch den Erbenschulden nachsteht, hin-

---

169) **Tuor,** Nr. 9 zu Art. 605.

170) **Crome,** V, S. 429, Anm. 3; **Escher,** Bem. 4 zu Art. 470; **Tuor,** Nr. 3 Vorbem. 2, II. Abschn.

171) **Tuor,** Nr. 12, gegen **Escher,** Bem. 5 b zu Art. 605.

gegen mit andern Vermächtnissen im gleichen Range steht. Allein wir haben bereits oben (unter § 17) hervorgehoben, dass diese Ansprüche unter den Vermächtnissen eine besondere Stellung einnehmen.

Dass der Unterhaltsanspruch nicht auf Kosten der Nachlassgläubigerschaft gehen darf, liegt auf der Hand. Denn der Anspruch der Mutter besteht lediglich im Interesse des nasciturus, zur Ermöglichung der Geburt des Erben. Er stellt sich letzten Endes als eine Art Zuwendung an diesen selbst dar. Man wird aber den nasciturus im allgemeinen nicht besser gestellt haben wollen als einen bereits lebenden Erben; bezüglich eines solchen gilt der Grundsatz als selbstverständlich, dass ihm vom Nachlass nichts verbleiben kann, wenn dieser nicht einmal zur Begleichung der vererbten Schulden ausreicht.

In zwei Richtungen hat jedoch das Interesse, das die Allgemeinheit an der Geburt eines Menschen hat, dazu geführt, die Miterben zu belasten. Der Unterhalt der Mutter wird nicht dem nasciturus von seinem Erbteil abgezogen; des weiteren wird er aus dem ganzen Gemeinschaftsvermögen gegeben, nicht nur aus dem Erbteil des nasciturus. Es ist also eine Art **gesetzliches Vorausvermächtnis** nicht an den ungeborenen Erben, sondern zu dessen Gunsten. Da unter Gemeinschaftsvermögen die gesamte unverteilte Erbschaft mit Inbegriff des als Vermächtnis oder Auflage Herauszugebenden verstanden wird (Art. 602), so dürfte schon aus der Fassung des Art. 605 Abs. II zu schliessen sein, dass der Unterhaltungsanspruch allen andern Vermächtnissen vorgeht [172]).

Den gleichen Charakter weist das gesetzliche Vermächtnis des Art. 606 auf. Erben, die zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Haushaltung ihren Unterhalt erhalten haben, wird nach dem Tode des Erblassers noch ein weiterer Anspruch auf Unterhalt während eines Monats auf Kosten der Erbschaft gewährt.

Anspruchsberechtigt sind Personen, die eine doppelte Eigenschaft besitzen: die eines Erben und eines Hausgenossen des Erblassers. Was die erstere Eigenschaft betrifft, macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen gesetzlichen und gewillkürten Erben [173]). Tuor erweitert den Kreis noch durch Zulassung des

---

[172]) **Tuor**, Nr. 15 zu Art. 606; **Riesenfeld**, S. 11.

[173]) **Escher**, Bem. 2, interpretiert einschränkend, vgl. jedoch **Tuor**, Nr. 2 zu Art. 606 mit ausführl. Begründung.

gesetzlichen Nutzniessers, insbesondere des überlebenden Ehegatten. Nach unserer im Kap. II dargelegten Auffassung, nach welcher der Ehegatte, auch wenn er Nutzniessung wählt, trotz der Singularsukzession Erbenqualität aufweist, ergibt sich diese Ausdehnung von selbst.

Der Kreis der Unterhaltsberechtigten wird trotzdem nicht zu gross sein, da in Bezug auf die zweite Eigenschaft, die der Hausgenossenschaft, noch gefordert wird, dass die in Betracht kommenden Erben zur Zeit des Todes des Erblassers ihren Unterhalt in dessen Haushaltung erhalten haben. Die ratio legis ist nämlich die, dass die Hausgenossen und Erben, die bisher in der Hausgemeinschaft ihres Erblassers Unterhalt genossen haben, nicht von heute auf morgen etwa durch rücksichtslose Miterben auf die Strasse gesetzt werden. Es soll ihnen vielmehr eine Übergangsfrist gewährt werden, um sich den neuen Verhältnissen anzupassen.

In der französischen Fassung wird dieses Erfordernis genauer ausgedrückt: « logé et nourri dans la demeure et aux frais du défunt ». Es kommt darauf an, ob der betreffende Erbe tatsächlich (Vorhandensein eines Rechtsanspruches ist gleichgültig) zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Haushalt versorgt wurde. Er muss sozusagen durch den Tod seinen Versorger verloren haben. Das ist naturgemäss nicht der Fall bei einem Gast, der beim Erblasser zu Logierbesuch oder zu dessen Pflege weilte, auch nicht bei Dienstboten und andern Personen (Hauslehrer), die gegen Entgelt Dienste leisten oder für Kost und Wohnung zahlen.

Der Umstand, dass der Hausgenosse gerade zur Zeit des Todes vorübergehend abwesend (verreist, zur Kur, zu Studien usw.) war oder dass er ausser Hause zu übernachten pflegte, dürfte dem Anspruch nicht entgegenstehen [174]).

Gegenstand des Anspruchs ist die Fortsetzung des **bisherigen** Unterhalts während Monatsfrist, also die weitere Verpflegung im gleichen Haushalt. Hingegen besteht kein Anspruch auf Fortsetzung des Haushalts (wie ihn der VE gewährt hatte). Lässt sich der Haushalt aus irgend welchen Gründen nicht fortsetzen, so verwandelt sich der Unterhaltsanspruch für die genannte Zeit in einen Geldanspruch [175]).

---

[174]) **Tuor**, Nr. 5 zu Art. 606; **Escher**, Bem. 2.

[175]) **Escher**, Bem. 3; **Tuor**, Nr. 6 zu Art. 606.

Der vorläufige Erbe kann auf Leistung dieses Unterhalts ohne weiteres belangt und betrieben werden, und zwar wie für jedes andere in der Deliberationsfrist fällige Vermächtnis, da dieser Anspruch den gleichen Rang wie die andern Vermächtnisse einnimmt.

Mit dem Vermächtnis berührt sich nahe die **Auflage**, da bei beiden der Beschwerte zu einer Leistung verpflichtet wird. Bei der Auflage steht ihm aber keine forderungsberechtigte Person gegenüber. Selbst wenn die Auflage zugunsten eines bestimmten Dritten lautet, ist dieser Adressat nicht Gläubiger der Leistung. Da aber die Vollziehung der Auflage nur vom guten Willen des Beschwerten abhängen würde, hat der Gesetzgeber im Art. 482 eine Vollziehungsklage geschaffen, die jedem zusteht, der « ein Interesse hat ». Es ist dies keine obligatorische Forderungsklage, sondern ein Anspruch eigener Art, lautend auf Vollziehung der Auflage. Auch der Destinatär klagt nicht auf Leistung an sich, sondern auf Ausführung der Verfügung des Erblassers [176]).

Andrerseits ist die Klage keine Popularklage, da ein Interesse gefordert wird, somit ein **individuelles Interesse** des Klägers, das allenfalls nicht ein rechtliches zu sein braucht. Ein Rechtsschutzinteresse wird hier nicht gefordert. Es genügt ein ideelles Interesse, aber ein solches individueller Art [177]).

Gegen den vorläufigen Erben kann nun im Regelfall die **Vollziehung** einer **Auflage** nicht verfolgt werden. Die Vollziehung darf nämlich erst verlangt werden, « sobald die Verfügung (des Erblassers) zur Ausführung gelangt » ist (Art. 482). Solange die Deliberationsfrist läuft, kann nun sicherlich nicht davon gesprochen werden, dass die Verfügung des Erblassers, die mit der Auflage beschwert ist, zur Ausführung gelangt ist. Es steht ja noch nicht einmal fest, wer Erbe ist, somit an wen und durch wen sie zur Ausführung gelangen soll. Die Voraussetzung des Art. 482 trifft daher nicht zu, und der vorläufige Erbe kann einer auf Vollziehung lautenden Klage mit der dilatorischen Einrede der noch nicht eingetretenen Fälligkeit wirksam begegnen.

Allein die Bestimmung des Art. 482 ist dispositiver Natur [178]). Sowohl der Wille des Erblassers als auch die Natur der Auflage

[176]) **Strohal**, I, S. 258 ff.; **Kipp**, S. 353 ff.; **Tuor**, Nr. 10 ff. zu Art. 482.

[177]) **Tuor**, Nr. 14 zu Art. 482; **Leonhard** zu § 1953 BGB.

[178]) **Tuor**, Nr. 21 zu Art. 482.

(z. B. Anordnungen betreffend das Begräbnis oder das Zwischenstadium bis zur Annahme oder Ausschlagung) können eine frühere Vollziehung bedingen. In diesem Falle ist die Vollziehung der Auflage auch gegen den vorläufigen Erben verfolgbar. Er kann der Klage selbst durch Begehren des öffentlichen Inventars nicht entgehen, da sie in diesen Fällen dringlicher Natur ist, wohl aber der Betreibung. Diese ist im Inventarstadium unter allen Umständen ausgeschlossen.

Zu den Erbgangsschulden gehören endlich noch die durch das Begräbnis und die Abwicklung des Erbganges veranlassten Auslagen.

Was zunächst die **Begräbniskosten** betrifft, so kann der vorläufige Erbe für dieselben ohne weiteres in Anspruch genommen werden, und zwar in erster Reihe nach den Kräften der Erbschaft. Doch ist auch eine persönliche Belastung des vorläufigen Erben nicht ausgeschlossen. Gibt er das Begräbnis selbst in Auftrag (z. B. einem Bestattungsunternehmen), so ist die Forderung des Unternehmens zwar den übrigen Gläubigern gegenüber eine Nachlassforderung, aber der vorläufige Erbe haftet dem Beauftragten mit seinem ganzen Vermögen, auch wenn er den Nachlassgläubigern gegenüber beschränkt haftet. Der Mitkontrahent hat es nämlich mit seinem Besteller, nicht mit dem Nachlass zu tun[179]).

Auch für die Kosten der **Siegelung** (Art. 552), des **Inventars** (Art. 553), des amtlichen Inventars (Art. 584 Abs. II) und der **Eröffnung** der letztwilligen Verfügung (Art. 558) ist wohl eine Realhaftung des Nachlasses anzunehmen, daneben aber auch eine persönliche, subsidiäre Haftung des vorläufigen Erben, wenn diese Handlungen auf sein Begehren vorgenommen wurden.

§ 18. Die Stellung gegenüber den Erbengläubigern.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass im Sinne des Art. 564 Abs. II die Erbengläubiger den Erbschaftsgläubigern völlig gleichgestellt werden, so dass das gesamte Vermögen, d. h. die Erbschaft und das Eigenvermögen des Erben, ohne Unterschied zur Befriedigung durch beide Gläubigergruppen herangezogen werden kann.

---

[179]) **Kipp**, S. 212; **Escher**, Bem. 8; **Tuor**, Nr. 7 zu Art. 560; **Hättenschwiller**, S. 29.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Gläubiger des vorläufigen Erben während der Deliberationsfrist auf Erbschaftswerte greifen können. Die Frage ist schon nach dem Wortlaut des Art. 564 Abs. II zu verneinen. Danach stehen den Gläubigern des Erblassers die des Erben gleich, « wenn dieser die Erbschaft vorbehaltlos erworben hat ». Solange die Überlegungsfrist läuft, kann selbstverständlich von einem vollzogenen « vorbehaltlosen » Erwerb keine Rede sein, da der Erbe nicht nur die Erbschaft überhaupt ausschlagen, sondern sie auch bedingt annehmen (unter öffentlichem Inventar), bzw. bedingt ausschlagen kann (durch amtliche Liquidation). Auf jeden Fall ist « vorbehaltlos » zumindest der Gegensatz zur Annahme unter Inventar. Es kommt hinzu, dass auch die Gläubiger ihrerseits seinem Entschluss vorgreifen und die Entscheidung durch Begehren des öffentlichen Inventars herbeiführen können.

Daraus folgt, dass die Privatgläubiger des vorläufigen Erben auf das Erbschaftsvermögen nicht greifen können. Eine Vollstreckung seiner Privatgläubiger in den Nachlass kann daher der vorläufige Erbe auf Grund des Art. 564 Abs. II entgegentreten [180]). Als Mittel hierzu wird sich u. E. nicht die Widerspruchsklage (Art. 107, 109 SchKG) eignen, da ein Dritter fehlt, der dingliche Rechte an den Pfändungsobjekten geltend macht. Diese Objekte stehen vielmehr kraft Erbanfalls im Eigentum des Erben, nur ist sein Eigentumsrecht ein resolutiv bedingtes. Es dürfte also einzig der Weg der betreibungsrechtlichen Beschwerde (Art. 17 SchKG) übrig bleiben. Diese richtet sich zwar nach dem strengen Wortlaut des Art. 17 Abs. I SchKG nur gegen Verletzungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes selbst; die Praxis hat sie aber von jeher auch auf die Verletzung anderer Gesetze ausgedehnt, insbesondere auf die des ZGB [181]).

---

[180]) **Tuor,** Nr. 12 zu Art. 559, lässt die Pfändung von Erbschaftswerten durch die Gläubiger des vorläufigen Erben zu, ohne auf Art. 564 Abs. II abzustellen. **Strebel,** S. 10, will sie auf Grund von Rechtsfindung im Sinne des Art. 1 Abs. II ZGB. ablehnen, da sonst eine Präponderanz der Erbengläubiger gegenüber den Erbschaftsgläubigern eintreten würde, indem erstere betreiben können, letztere aber nicht (wegen Art. 59 Abs. I SchKG). Nach oben vertretener Auffassung liegt aber keine Lücke des Gesetzes vor, da Art. 564 Abs. II die Erbengläubiger erst nach Ablauf der Deliberationsfrist den Erbschaftsgläubigern gleichstellt. Vor diesem Zeitpunkt dürfen sie daher auf Erbschaftswerte nicht greifen. Damit ist in bezug auf die Erbengläubiger das gleiche erreicht, was Art. 59 Abs. I SchKG mit Bezug auf die Erbschaftsgläubiger bestimmt.

[181]) **Blumenstein,** S. 77.

Der vorläufige Erbe hat aber, soweit er sich überhaupt mit der Verwaltung des Nachlasses befasst, nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, solchen Vollstreckungshandlungen entgegenzutreten, da er sonst den Nachlassgläubigern und dem Nachberufenen für den ihnen daraus entstandenen Schaden verantwortlich wird. Hat der vorläufige Erbe die Verwaltung des Nachlasses nicht geführt, so liegt kein schuldhaftes Verhalten vor; er haftet aber jedenfalls aus der Bereicherung, sofern seinem Privatvermögen eine Aufwendung auf Kosten des Nachlasses erspart wurde [182]).

Die Erbschaftsgläubiger haben gegenüber der Zwangsvollstreckung der Privatgläubiger des Erben in den Nachlass ihrerseits ein Mittel, sie aufzuhalten: das Begehren des öffentlichen Inventars (Art. 594).

§ 19. Die Beziehungen zu den Erbschaftsschuldnern.

Dem Verhältnis des vorläufigen Erben zur Gläubigerschaft steht dasjenige zu den Schuldnern der Erbschaft gegenüber. Beispiele von Handlungen, die der vorläufige Erbe den Erbschaftsschuldnern gegenüber vornehmen darf, ohne sich seiner Entschliessungsfreiheit bez. der Erbschaft zu begeben, wurden bereits im 2. Abschnitt des III. Kapitels als Illustration von Verwaltungshandlungen angeführt. Hier soll das ganze Verhältnis zu den Erbschaftsschuldnern näher ins Auge gefasst werden.

Auszugehen ist auch hier einerseits vom ipso jure-Erwerb der Erbschaft, durch welchen der vorläufige Erbe sofort mit dem Anfall der Erbschaft Gläubiger der Erbschaftsforderungen wird, andrerseits von seiner beschränkten Dispositionsfähigkeit während der Deliberationsfrist im Rahmen des Art. 571 Abs. II.

Die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Nachlassforderung ist, wenn es sich überhaupt um eine auf rechtsgeschäftlichem Wege erfolgende Leistung handelt, ein Rechtsgeschäft, das mit dem Erben als solchen vorzunehmen ist. Die Leistung erfolgt also gültig an den vorläufigen Erben nicht nur, wenn sie fällig ist, sondern auch, wenn der Schuldner bereits leisten darf, ohne es zu müssen [183]). Es kommt nicht darauf an, ob die Leistung nicht ohne Nachteil für den Nachlass verschoben wer-

---

[182]) **Planck**, Bem. 2 a zu § 1978 BGB; **Riesenfeld**, S. 56.
[183]) **Kipp**, S. 146; **Planck**, § 1959, 5 BGB.

den kann, da ja schon im Annahmeverzuge selbst ein Nachteil liegt.

Aber auch wenn der Schuldner vorzeitig leisten will, darf der vorläufige Erbe annehmen, da sonst Annahmeverzug eintreten würde (Art. 81 OR). Nur dann wenn er vorzeitig nicht leisten darf (nach der Willensmeinung der Parteien) und er sich über eine vorzeitige Leistung mit dem vorläufigen Erben einigt, liegt eine **Abänderung des Forderungsrechts** seitens des Erben vor, die eine Einmischung bedeuten würde (soweit es sich nicht um Geringfügiges handelt) und somit den Verlust des Ausschlagungsrechts herbeiführen kann, ausser wenn sich durch sie ein dem Nachlass drohender Nachteil abwenden lässt.

Ohne Not ist der vorläufige Erbe nicht befugt, in eine **Leistung an Erfüllungs** statt einzuwilligen, immer vorausgesetzt dass es sich nicht um Minima handelt (Annahme einer andren Valuta und dergleichen).

Es ist auch folgerichtig, dass der vorläufige Erbe als Herr des Nachlasses im Rahmen seiner Verwaltungsbefugnisse **Leistungen,** und zwar nicht nur solche, die auf rechtsgeschäftlichem Wege erfolgen, durch vorsorgliche Massnahmen **sichern, fällige** aber einfordern, einklagen und **einziehen** darf.

Als **Sicherungsmassnahmen** für Geldansprüche kommen sowohl prohibitive in Betracht als auch repressive. Zu den ersteren gehört das **Retentionsverzeichnis** (Art. 283 SchKG) und der **Arrest** (Art. 271 SchKG), zu den letzteren die **Anfechtungsklage** (Art. 285 SchKG). Für andere Forderungen richten sich die Sicherungsmittel nach kantonalem Recht. Die bernische ZPO kennt hierfür beispielsweise die **einstweiligen Verfügungen** (Art. 326 ff ZPO). Sie richten sich gegen wesentliche Veränderungen oder Veräusserungen eines Streitgegenstandes, gegen einen bedrohten Besitzstand, dienen zur Wiedererlangung eines widerrechtlich entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes, zum Schutze fälliger Rechtsansprüche, bei denen Vereitlung oder Erschwerung der Befriedigung zu befürchten ist, oder zur Abwendung eines dem Berechtigten drohenden erheblichen oder nicht leicht zu ersetzenden Schadens oder Nachteils.

Auf Grund dieser Rechtsmittel kann der vorläufige Erbe beispielsweise vorgehen:

Gegen denjenigen, der sich das Eigentum einer anvertrauten Sache anmasst, gegen den Dienstbarkeitsberechtigten, der sein

Wegerecht ausdehnt, gegen den Mieter, der die Mietwohnung nach Vertragsablauf nicht räumt, gegen den Kommissionär, der das Kommissionsgut nicht zurückgibt, gegen den Pächter zur Verhütung der Misswirtschaft und dergleichen.

Was die **Einklagung** fälliger Erbschaftsforderungen anbetrifft, so sind Aktivprozesse von den bereits behandelten (unter § 16 hiervor) sehr verschieden. Einen Aktivprozess zu führen steht in der Regel im Belieben des Klägers [184]); auf einen Passivprozess dagegen muss er sich einlassen, wenn er nicht Säumnisurteil herbeiführen will. Aktivprozesse zielen darauf hin, den Nachlass zu mehren, dem Erben einen Vorteil zu verschaffen; bei Passivprozessen aber handelt es sich um einen Angriff auf den Erben, um die Gefahr eines vielleicht erheblichen Nachteils zu beseitigen.

Andrerseits haben wir gesehen, dass die Frage, welche Handlungen des vorläufigen Erben eine bündige Erbgebarung in sich schliessen, sich nicht abstrakt beantworten lässt. Sie hat sich als Tatfrage erwiesen (§ 12 hiervor). Man kann daher auch bei Aktivprozessen des vorläufigen Erben nicht zum voraus sagen, dass sie zulässig oder unzulässig sind, sondern muss den einzelnen Fall daraufhin untersuchen, wie er sich nach den konkreten Begleitumständen darstellt.

Es ist auch verhältnismässig leicht, Fälle zu konstruieren, in denen eine Klageanhebung als notwendige Massnahme einer ordentlichen Verwaltung geboten erscheint. Wir haben bereits (unter § 12 hiervor) der Fälle gedacht, wo die Gefahr einer Verjährung oder Verwirkung des Klagerechts droht, die ja die Überlegungsfrist keineswegs hemmt. Ebenso können andere drohende Nachteile die sofortige Verfolgung fordern, wie zu befürchtende Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners, Abreise desselben ins Ausland, Wertlosigkeit einer späteren Leistung (Saisonartikel), drohender Preissturz usw. Auch die notwendige Beschaffung von Barmitteln zur Bestreitung dringender Bedürfnisse des Nachlasses kann zur Eintreibung von Forderungen drängen.

---

[184]) Es gibt allerdings Ausnahmen. Erfolgt z. B. auf den Zahlungsbefehl in einer einem Arrest nachfolgenden Betreibung Rechtsvorschlag, so muss der Gläubiger binnen 10 Tagen Rechtsöffnung verlangen oder Klage erheben, da sonst der Arrest dahinfällt (Art. 278 SchKG). Auch die Unterlassung der Aberkennungsklage binnen 10 Tagen auf eine erteilte provisorische Rechtsöffnung hin hat schwerwiegende Folgen (Art. 83 SchKG).

Dass zur «Verwaltung der Erbschaft» und zum Fortgang der Geschäfte des Erblassers gewisse Klage- und Betreibungshandlungen gehören können, lässt sich auch im allgemeinen nicht leugnen. Hingegen könnte fraglich sein, ob man dem provisorischen Erben auch **ausserhalb der blossen Verwaltung** das Recht zugestehen kann, einen Prozess anzustrengen lediglich zu dem Zweck, je nach dem Ausgang seine Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung treffen zu können, z. B. wenn einer grossen Anzahl von Passiven überwiegende, aber bestrittene Aktivposten gegenüberstehen.

Im Hinblick auf Art. 587 Abs. II, der nach Durchführung des öffentlichen Inventars eine Erstreckung der einmonatlichen Deliberationsfrist «zur Erledigung von streitigen Ansprüchen» gestattet, dürfte es kaum zweifelhaft sein, dass dem vorläufigen Erben nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden darf, den Erbschaftsstand festzusetzen, um seine Entschliessung treffen zu können. Dies auch nicht, wenn zum gleichen Zwecke ein Prozess angestrengt und durchgeführt werden muss[185]).

Es ergibt sich allerdings der Nachteil, dass die Schwebezeit durch solche Prozesse ausserordentlich verlängert wird, vielleicht unter Umständen auf ein Jahr hinaus und darüber (Instanzenzug möglicherweise bis zum Bundesgericht). Besonders die Erbschaftsgläubiger können durch den ausserordentlichen langen Rechtsstillstand (Art. 59 Abs. I SchKG) schwer betroffen werden.

Allein die Verlängerung der Deliberationsfrist liegt im Ermessen des Richters (Art. 576), der die gegenseitige Interessenlage von Fall zu Fall sachgemäss prüfen und das Für und Wider abwägen kann. Im übrigen werden unter Umständen durch die lange Verzögerung und die dadurch begründete Besorgnis der Erbschaftsgläubiger, nicht bezahlt zu werden, die Voraussetzungen für das Begehren der amtlichen Liquidation gegeben sein (Art. 594).

Was das **Klagebegehren** betrifft, so erhebt sich die Frage, ob der vorläufige Erbe auf Leistung **an sich selbst** klagen darf, zumal ja noch nicht feststeht, ob er der definitiv Berechtigte sei. Gemäss Art. 96 OR ist der Schuldner, wenn die Erfüllung

---

[185]) **Curti**, Bem. 1 zu Art. 586; **Tuor**, Nr. 5 zu Art. 586, bezeichnet sogar solche Prozesse als dringend und lässt sie auch während des öffentlichen Inventars zu. Vgl. auch **Kreschner** in SJV 25, S. 20; **Guggenheim**, S. 55, 58.

der schuldigen Leistung infolge einer unverschuldeten Ungewissheit über die Person des Gläubigers weder an diesen noch an einen Vertreter geschehen kann, zur Hinterlegung berechtigt, soweit es sich um Sachleistungen handelt (Art. 92 OR); bei andren Leistungen kann er nach Massgabe der Bestimmungen über Schuldnerverzug vom Vertrag zurücktreten (Art. 95 OR). Nach Art. 168 Abs. III OR kann jede Partei den Schuldner zur Hinterlegung anhalten, wenn die Forderung unter mehreren Personen streitig und der Streit vor Gericht anhängig ist.

Obschon sich Art. 168 OR nicht direkt auf unsern Fall bezieht, so folgt doch aus dieser Bestimmung im Zusammenhang mit derjenigen des Art. 92 Or, dass der vorläufige Erbe, da nicht feststeht, ob er der definitiv Berechtigte ist, jedenfalls auf **Hinterlegung** für den definitiven Erben klagen kann, und zwar auf rücknahmelose Hinterlegung [186]). Dieser Antrag empfiehlt sich, weil er zugleich das Präjudiz der Erbschaftsannahme durch Erhebung der Klage **ausschliesst.**

Doch kann auch auf **Leistung** an den definitiven Erben geklagt werden. Wenn auch diese Partei nicht mit Namen benannt ist, so ist doch ein solches Rechtsbegehren mit genügender Bestimmtheit formuliert und bietet auch der Vollstreckung keine Schwierigkeiten. In beiden Fällen muss aber das **Rechtsschutzinteresse** des Klägers, eben weil er nicht auf Leistung an sich selbst klagt, umso eher aus der Substantiierung der Klage hervorgehen. Dieses Rechtsschutzinteresse wird er durch Glaubhaftmachung eines der Gründe dartun müssen, die wir oben als Voraussetzung zur Zulassung der Klage in Betracht gezogen haben.

Auf **Leistung an sich selbst** kann der vorläufige Erbe, wie bereits bemerkt wurde, nicht wirksam klagen, weil es nicht feststeht, ob er der definitiv Berechtigte ist. Von Amts wegen könnte der Richter die mangelnde Sachlegitimation allerdings nicht beanstanden. Sie ist keine Prozessvoraussetzung und muss daher vom Beklagten einlässlich geltend gemacht werden [187]). In dieser Richtung ist suspensive Bedingtheit von resolutiver Bedingtheit des Rechtserwerbes zu unterscheiden. Aufschiebende Bedingtheit des Rechtserwerbes als klagebegründender Mo-

---

[186]) **Reichel**, S. 23; **Hellwig**, Anspr. und Klagr., S. 226.

[187]) **Leuch**, Nr. 8 zu Art. 192 bern. ZPO.

ment hindert prozessual die Geltendmachung des Klageanspruchs, resolutive Bedingtheit aber nicht [188]).

Vom Standpunkt des materiellen Rechts beeinflusst jedoch die Ungewissheit über die Person des Berechtigten die Leistungspflicht des Schuldners, wie bereits im Hinblick auf Art. 92 und 95 OR hervorgehoben wurde. Nichtsdestoweniger kann u. E. der vorläufige Erbe auch auf Leistung an sich selbst klagen, wenn die schnelle Beitreibung einer Leistung im Interesse des Nachlasses notwendig wird, z. B. um Barmittel zur Verwaltung oder zur Fortführung des Geschäftes zu gewinnen. Könnte der Erbe nur auf Hinterlegung klagen, so wäre der ganze Zweck der Klage in einem solchen Falle verfehlt. Der vorläufige Erbe tritt hier einfach als **Vertreter der Erbmasse** auf, etwa wie ein Erbschaftsverwalter nach Art. 554. Dieser vertritt ja auch keine juristische Person und darf doch für das Erbvermögen handeln, insbesondere ist er auch zur Prozessführung befugt, gegebenenfalls sogar verpflichtet [189]).

Was für die Anhebung von Aktivprozessen gilt, muss sich auch auf die Fortsetzung hängiger Prozesse beziehen. Der schon unter § 16 hiervor erwähnte Art. 40 der bernischen ZPO bestimmt über die Rechtsnachfolge durch Erbgang: «Der Prozess bleibt eingestellt bis zum Zeitpunkte, in dem die Erben die Erbschaft nicht mehr ausschlagen können.» Die Einstellung erfolgt hier von Amts wegen ohne Hinzutun der Parteien. Nichtsdestoweniger wird die Möglichkeit der Fortführung eines dringenden Prozesses durch den vorläufigen Erben anerkannt [190]).

Art. 70 des Bundeszivilprozesses bestimmt nur, dass bei Tod einer Partei den Erben eine Frist zur Erklärung über die Fortführung des Prozesses oder die Abstanderklärung anzusetzen sei. Auf die Annahme der Erbschaft wird nicht abgestellt.

Schlägt der vorläufige Erbe während des Prozesses die Erbschaft aus, so verliert er die Sachlegitimation, so dass er auf Antrag des Prozessgegners abgewiesen werden muss. Auch von

---

188) **Reichel**, S. 13/14.

189) **Tuor**, Nr. 19; **Curti**, Bem. 21 zu Art. 554; **Bühlmann**, S. 275; **Reichel**, S. 22, begründet das nach deutschem Recht mit dem § 1959 Abs. II BGB, der den Beklagten gegen nochmalige Inanspruchnahme schützt. Eine ähnliche Bestimmung fehlt im ZGB. Darum wird der Beklagte immerhin gut tun, die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation zu erheben. Dringt er mit ihr nicht durch, so ist er gleichfalls gegen nochmalige Inanspruchnahme gesichert, da er zur Leistung an den vorläufigen Erben durch gerichtliches Urteil gezwungen wird.

190) **Leuch**, Nr. 2 zu Art. 40 ZPO.

Amts wegen kann die Klage des vorläufigen Erben je nach der Prozessordnung als erledigt erklärt werden (z. B. nach Art. 203 bern. ZPO), da der Rechtsstreit für den Kläger gegenstandslos wird, bezw. sein rechtliches Interesse an ihn dahinfällt.

Der definitive Erbe müsste demgemäss den Rechtsstreit von vorne beginnen, denn er ist kein Rechtsnachfolger des vorläufigen Erben, und die Bestimmungen über Rechtsnachfolge (vgl. Art 41 bern. ZPO) können nicht zur Anwendung kommen. Nichtsdestoweniger fehlt es nicht an Möglichkeiten, diese kostspielige Doppelspurigkeit zu vermeiden. So kann nach bern. ZPO der definitive Erbe zunächst als Nebenintervenient auf Grund seines rechtlichen Interesses zugelassen werden (Art. 44 ZPO). Da das im Prozess ergehende Urteil nunmehr unmittelbar in bezug auf dessen Rechtsverhältnis zum Gegner rechtlich wirksam wird, so kommt einem solchen Nebenintervenienten die Stellung eines Streitgenossen zu (Art. 47). Als solcher kann er auch nach Abstand des vorläufigen Erben den Prozess im eigenen Namen weiterführen (Art. 36 ff ZPO).

Schlägt der vorläufige Erbe nach Urteilsfällung aus, so gilt das Urteil nur inter partes. Der definitive Erbe kann nicht der Rechtsnachfolger des provisorischen Erben werden, so dass das von diesem erlangte Urteil für ersteren nicht gilt. Es wird nun behauptet [191]), dass ein solches Urteil auch gegenüber dem definitiven Erben wirksam wird, sobald er die Prozessführung genehmigt. Bleibt aber die Genehmigung aus, so könne das Urteil nicht gegen den definitiven Erben vollstreckt werden, und der vorläufige Erbe habe unter allen Umständen die Prozesskosten zu tragen.

Dieser Behauptung kann nicht beigestimmt werden. Der vorläufige Erbe ist, wie bereits unter § 11 ausgeführt wurde, nach Analogie des negotiorum gestor zu behandeln. Er hat demgemäss dem definitiven Erben alles herauszugeben, was er durch die Geschäftsführung gewonnen hat, somit auch den urteilsmässigen ihm zugewiesenen Anspruch. Durch diese Abtretung macht er den definitiven Erben bezüglich der urteilsmässig festgestellten Forderung zum **Rechtsnachfolger** (Zessionar), womit das Urteil auch zu dessen Gunsten vollstreckbar wird.

---

[191]) **Guggenheim**, S. 65.

Einer Genehmigung der Prozessführung bedarf es nicht, sobald die Voraussetzungen des Art. 422 OR (vgl. hierzu noch die Ausführungen unter § 20 hiernach) vorliegen, noch wäre eine solche für sich allein hinreichend, um das Urteil zugunsten des definitiven Erben vollstreckbar zu machen.

Auch wenn das Urteil abweisend ausgefallen ist, hat der definitive Erbe beim Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 422 OR dem vorläufigen Erben die durch ihn getragenen Prozesskosten zu ersetzen (Art. 422, Abs. 2).

§ 20. Die Auseinandersetzung mit den Nachberufenen bei Ausschlagung.

Nimmt der vorläufige Erbe in der Folge die Erbschaft an, so steht es nunmehr fest, dass er durch die bisherige Verwaltung seine eigenen Geschäfte besorgt hat. Es bedarf keiner Konvaleszenz dieser Geschäfte, sondern sie bleiben einfach gültig, wie sie es auch bisher waren [192]). Schlägt er die Erbschaft aus, so stellen sich die Verwaltungshandlungen als Führung fremder Geschäfte dar, nämlich als Geschäfte dessen, der endgültig Erbe wird, und es entsteht infolge dessen erst mit der Ausschlagung ein neues Rechtsverhältnis zwischen dem vorläufigen Erben und demjenigen, der endgültig zur Erbschaft gelangt.

Obschon dieses Rechtsverhältnis in einem Zeitpunkt zur Entstehung kommt, da die Rolle des vorläufigen Erben aufhört, so ist es doch hier in Betracht zu ziehen, da wegen der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung dieses Rechtsverhältnis die ganze Stellung des vorläufigen Erben stark beeinflusst. Dieser tut gut, schon während der Deliberationsfrist sich die Folgen der Ausschlagung vor Augen zu halten.

Wir haben das Rechtsverhältnis zwischen dem vorläufigen Erben und dem Nachberufenen als ein der Geschäftsführung ohne Auftrag analoges gekennzeichnet (§ 11 hiervor). Deckt es sich einerseits nicht ganz mit der negotiorum gestio, so kompliziert es sich andrerseits dadurch, dass die Verfügungen des vorläufigen Erben im Prinzip durch die Ausschlagung mit rück-

---

192) **Kipp**, S. 145; **Binder**, S. 148; **Tuor**, Nr. 15 zu Art. 572.

wirkender Kraft vernichtet werden, so dass sie den Nachberufenen nicht berühren [193]).

Doch greift die rückwirkende Aufhebung von Rechtsakten des vorläufigen Erben nicht in allen Fällen durch. Was zunächst **obligatorische Verträge** betrifft, so schliesst sie der vorläufige Erbe mit dem Dritten im eigenen Namen. Er haftet somit dem Dritten persönlich, sofern er nicht die Wirksamkeit irgendwie vom endgültigen Erwerb der Erbschaft abhängig gemacht hat. Sollte der vorläufige Erbe durch solche obligatorische Verträge den Rahmen des Art. 571 Abs. II überschritten haben, so entfällt die Ausschlagungsmöglichkeit überhaupt. Aber auch soweit eine spätere Ausschlagung möglich ist, kann von einer nachträglichen Aufhebung keine Rede sein. Der Mitkontrahent hat ein Recht auf Festhaltung und Behaftung seines Vertragsgegners.

Es kommt daher nur die Auseinandersetzung zwischen dem vorläufigen und dem endgültigen Erben in bezug auf diese Geschäfte in Frage.

Rechtsgeschäfte, welche Dritte dem Erben gegenüber vornehmen müssen, insbesondere empfangsbedürftige Erklärungen, bleiben, wie bereits hervorgehoben wurde (§ 16 hiervor), wenn sie dem vorläufigen Erben gegenüber vorgenommen wurden, auch dem endgültigen gegenüber wirksam, da es hier nur darauf ankommt, dass sie einem berechtigten Vertreter des Nachlasses gegenüber geschehen [194]).

Verfügungen über **Erbschaftssachen,** soweit sie überhaupt nicht den Rahmen des Art. 571 Abs. II überschreiten und stillschweigende Annahme der Erbschaft involvieren, bleiben gültig, wenn der gutgläubige Erwerber nach den Besitzregeln geschützt ist (Art. 933 ff). Die Erbschaftssachen müssen nämlich als dem vorläufigen Erben «anvertraut» im Sinne des Art. 933 gelten, umso mehr als er ja kraft seiner Erbenstellung wenigstens im Rahmen seiner Verwaltungsbefugnisse auch darüber verfügen kann. Art. 933 verlangt nicht, dass sie dem Besitzer vom Eigentümer übertragen seien. Es genügt daher auch, wenn das Gesetz die Besitznahme gestattet [195]).

---

[193]) Die rückwirkende Kraft der Ausschlagung wird allgemein angenommen, obwohl dem ZGB eine Bestimmung wie die des § 1953 Abs. II BGB und Art. 785 Cc fehlt.

Vgl. **Escher,** Bem. 4 zu Art. 466; **Tuor,** Nr. 12, Vorb. zum II. Abschnitt, Nr. 1, Vorb. zu Art. 566.

[194]) **Planck,** S. 55, Bem. 4; **Binder,** S. 155.

[195]) **Kipp,** S. 147; **Hellwig,** Grenzen der Rückwirkung (1907), S. 147.

Schliesslich werden Verfügungen des vorläufigen Erben, die sonst unwirksam oder rückwirkend unwirksam sind, durch **Genehmigung** des endgültigen Erben wirksam.

Für den Ersatz der Verwendungen kann die Voraussetzung des Art. 422 OR, dass «die Übernahme der Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war», naturgemäss beim vorläufigen Erben nicht gefordert werden, wenn er seine Verwendungen nicht grösstenteils einbüssen soll. Er übernimmt ja nicht die Geschäftsbesorgung des Nachlasses, weil das Interesse des Geschäftsherrn dies gebietet, sondern, weil er zum Erben berufen ist. Es gibt auch noch keinen Geschäftsherrn, solange nicht der vorläufige Erbe ausgeschlagen hat.

Es dürfte somit genügen, wenn seine Handlungsweise vom Standpunkt sachlicher Erwägung den Interessen eines definitiven Erben zu dienen geeignet ist[196]). Wollte man den **Anlass** seines Eingreifens berücksichtigen, so müsste stets Art. 423 OR zur Anwendung gelangen, der den Fall regelt, «wenn die Geschäftsführung nicht mit Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn unternommen wurde». Die Rücksicht auf dieses Interesse ist nämlich beim vorläufigen Erben am wenigsten der Anlass, sich mit der Erbschaft zu befassen, und die Folge müsste sein, dass sich der definitive Erbe wohl die Vorteile aus der Geschäftsführung aneignen könnte, zur Ersatzleistung an den vorläufigen Erben und zu dessen Entlastung aber nur soweit verpflichtet wäre, als er bereichert ist (Art. 423 Abs. II OR).

Das kann keineswegs der Billigkeit und auch nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen. Man kann nicht dem vorläufigen Erben einerseits kraft seiner Erbenstellung das Recht zur Erbschaftsverwaltung einräumen und ihn andrerseits dafür strafen, dass er die Verwaltung mit Rücksicht auf das eigene Interesse und nicht auf dasjenige eines noch gar nicht berechtigten Dritten übernommen hat.

Somit kann Art. 422 OR in sinngemässer Anwendung auf den vorläufigen Erben nur zur Voraussetzung haben, dass der vorläufige Erbe bei seiner Geschäftsführung mit der gehörigen Sorgfalt gehandelt hat. Es ist für ihn schon erschwerend genug, dass er bei Verwaltung seiner eigenen Erbschaft culpa in abstracto zu vertreten hat, somit eventuell ein grösseres Mass von Sorgfalt als er seinen eigenen Angelegenheiten sonst zuwendet.

---

196) **Strohal**, S. 50; **Binder**, S. 151.

Demgemäss kann verlangt werden, dass sobald er die Geschäfte des Nachlasses zu führen begonnen hat, dieselben nicht grundlos wieder abbreche, sondern mit objektiver Sorgfalt zu Ende führe. Hat er das getan und gibt er dem definitiven Erben alles heraus, was er von der Erbschaft besitzt, so erwächst ihm gegen denselben gemäss Art. 422 der Anspruch:

1. auf Ersatz der Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen;

2. auf Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten (durch privative Schuldübernahme, Sicherstellung oder Bezahlung [197]).

3. auf Ersatz des ihm erwachsenen Schadens.

Diese Ansprüche bleiben auch bei fehlgeschlagenem Erfolg aufrecht. Mit seiner Ersatzforderung ist der vorläufige Erbe Nachlassgläubiger [198]).

Kommt es zur **konkursamtlichen Liquidation**, so entsteht das gleiche Verhältnis zwischen dem vorläufigen Erben und der Konkursmasse. Für die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung ist der vorläufige Erbe der Gläubigerschaft verantwortlich. Sein Ersatzanspruch ist Massaschuld. Hingegen kann der vorläufige Erbe, der die **amtliche Liquidation** begehrt, der Liquidationsmasse gegenüber keine Ersatzforderung geltend machen, da ja durch dieses Begehren die Erbenqualität des zur Erbschaft Berufenen nicht beseitigt wird, die Verwaltungshandlungen somit vom Berechtigten vorgenommen waren. Sie behalten daher ihre Wirksamkeit, selbst wenn sich im Verlaufe der Liquidation die Überschuldung des Nachlasses herausstellt und sie in der Folge konkursmässig durchgeführt wird.

---

[197]) **Becker**, Nr. 7 zu Art. 422; **Strohal**, S. 56.
[198]) **Binder**, S. 153; **Riesenfeld**, S. 1.